جامعة المنصورة

كلية الحقوق

المدخل للعلوم القانونية

الكتاب الأول

نظرية القانون

الدكتور

أحمد السعيد الزقرد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

المحامى بالنقض والإدارية العليا

إطار الدراسة :

ننوه من البداية بأننا آثرنا مصطلح المدخـــل للعلــوم القانونيـــة عنوانـــاً لدراستنا اعتباراً بأن الهدف، تزويد طالبها بمجموعة من المبـــادئ العامـــة الأولية،أو الأسس التى لا غنى عنها فى دراسة أفرع القانون المختلفة[1]. كـــذا فهى دراسة لمصطلحات القانون الفنية التى يتميز بـــها عـــن ســـائر العلـــوم الاجتماعية الأخرى ، وهى أهداف لا تتضح أهميتها - على أية حال - قبل أن يتوغل طالب القانون أو المتخصص فيه فى أرضه الخصبة فى سنوات تالية.

والقانون - فيما سنرى - يرمى إلى تنظيم الروابط الاجتماعية التى تنشـأ فى المجتمع ، وهو فى ذلك يبين حقوق الأفراد قبل الغير ، وقبـــل الجماعـــة نفسها ، كما يفرض واجبات على أفراد آخرين ، وإذا استعرضنا مضمون كـــل قاعدة قانونية ، لوجدناها تقرر حقاً وتفرض واجباً أو التزاما . فالقاعدة التـــى تقضى مثلا بأن لمالك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله، واســتغلاله، والتصرف فيه " م٨٠٣ مدنى " تقرر لشخص المالك الحق فى أن يستأثر وحده

---

(١) أنظر F.Terré. فى المقدمة العامة للقانون ، ط٣ ، دالوز ١٩٩٦ ، ص١ وبعدهـا ؛ J.Carbonnier فى القانون المـــرن ، ١٩٩٥ ، ط٨ ، ص٩٥ ؛ ولاروميـــه ، فـــى القانون المدنى ، المقدمة ، ط٣ ، ١٩٩٨ ، ص١٣ ، بند ١٤ .

بكل منافع الشئ الذى ترد عليه ملكيته ، وفى الوقت ذاته تلزم كل الأشخاص الآخرين باحترام هذه الملكية .. فالحقوق تستند إلى القانون ، ينشئها ،ويحميها. وبذا تبدو العلاقة جلية بين القانون والحق ، بحيث لا يتصور حق لا يقره القانون أو يحميه .

وبعبارة أخرى يقرر القانون الحقوق ، ويرسم حدودها ، ويفرض ضماناتها ، وعليه ، لا يوجد الحق إلا فى ظل القانون . وبذا ، فدراسة القانون لازمة إبتداء لدراسة الحق .

وإذ نتوجه بدراستنا أساساً لطلاب كلية الحقوق فقد رأينا - لطبيعة المرحلة - أن نعرض للأصول والقواعد الكلية بمنأى عن الإغراق فى تفاصيل فلسفية أو تاريخية ، وعلى أن نعرض للتطورات الحديثة فى الأنظمة القانونية والتى تمخضت عن نظامين قانونيين كبيرين هما النظام اللاتينى ، والأنجلو سكسونى ، لا يمكن تجاهل أى منهما بعد أن اتضح تأثيرهما على الاتفاقيات الدولية التى تنعكس بآثارها الكثيفة والكئيبة أحياناً على النظام القانونى المصرى[١] . وحرصنا على ربط النظريات المجردة بالواقع العملى .

---

(١) أنظر J.A.Jolowicz فى القانون الانجليزى، دالوز ، ١٩٨٦، والمؤلف ، فى نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، مجلة الحقوق ، الكويت ،ع٣، ٢٠٠١،س٢٥ .

وعلى منهج علمى يمكن طلابنا من الاختيار بين البدائل وتمحيص مختلف الآراء ، وبناء النتائج من مقدمات تؤدى إليها . وحرصنا بصفة خاصة على تلافى التكرار أو الحشو . وعلى أن تأتى صياغة المؤلف سهلة وواضحة[1] .

فإن كان إطار الدراسة على ما تقدم ، فيبقى أن نعرض لخطتها ، فنقسمها إلى جزءين :

الأول : فى النظرية العامة للقانون .

والثانى : فى النظرية العامة لحق .

---

(١) فى ذات المنهج أنظر:

Perelman , etudes, La regle de droit , 1971 .Jeammaud, la regle de droit comme modèle – D.1990 –chr. 199.

Villey, Philosophie du droit , Definition et fin de droit 1982.

الكتاب الأول

فى القانــون

تمهيد وتقسيم :

١-القانون ضرورة تفرضه الحياة فى المجتمع . وبدونه لا يوجد نظام ، ولا أمن . لذا قيل بحق بأن القانون يوجد حيثما وجد المجتمع لأنه أساس النظام فيه .ubi societeas ibi jus [١].

على أن للقانون معان عدة ، فقد يقال علم القانون ، أو كلية القانون ، ويقصد من ذلك مجموعة القواعد القانونية التى تحكم الروابط الاجتماعية . وقد يقصد منها الدلالة على فرع من أفرع القانون الوضعى . فنقول مثلا القانون المدنى ، أو القانون الدولى العام.وقد يقصد من لفظ القانون ، التقنين ، بل قد تستخدم للدلالة على مصدره ، فنقول التشريع الصادر عن السلطة التشريعية.

وعلى أية حال ، فإن انتهينا فى تعريف القانون تعين البحث فى خصائص القاعدة القانونية ، وتقسيم القواعد القانونية ذاتها . ويبقى التساؤل بعد ذلك عن مصادر القانون .

٢- وعليه نوزع دراستنا فى النظرية العامة للقانون على بابين:

---

(١) لاروميه ، مرجع سابق ، ص١٢ ، س١٣ .

الأول : فى تقسيم القانون وأنواع **القواعد** القانونية .

والثانى: فى مصادر القانون .

ولكننا نقدم لذلك **بفصل تمهيدى فى التعريف** بالقانون وخصائصه ، وتمييزه عن غيره (1).

---

(1) ويفرد شراح القانون عادة جزء من دراستهم **فى طبيعة** القانون ، والمذاهب المختلفة بشأنه ، وهى مسألة لن نعرض لها ، كونها **لا** تهم سوى المتخصصين فى فلسفة القانون – وانظر مع ذلك : عبدالفتاح عبدالباقى ، نظرية القانون ، ط١٩٩٣،٦ ، ص٤٥ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٩٣ ، ص٨٣ ؛ وعكس ذلك لاروميه ، مرجع سابق ، وفرانسوا تيرى ، مرجع سابق .

الفصل التمهيدى

تعريف القانون ، وخصائصه ، ونطاقه

تمهيد وتقسيم :

٣- قدمنا بأن للقانون معان عدة أخصها أنه مجموعة من القواعد التى تنظم السلوك الاجتماعى للأفراد . ويقترن الخروج عليها بجزاء Sanction توقعه السلطة المختصة على المخالف عند الاقتضاء[١] ، ويبقى التساؤل بعد ذلك عن المدى الذى يستطيع فيه المجتمع أن يتدخل لتنظيم سلوك الأفراد ؟ والإجابة عن التساؤل المطروح تثير البحث عن نطاق القانون .

وأخيراً ، فإن للقواعد القانونية خصائص تميزها عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى ، بما فى ذلك القواعد الدينية ، وقواعد الأخلاق ، والمجاملات ، وغيرها .

٤- ونعرض بداية لتعريف القانون ، ونطاقه فى **مبحث أول** ، ثم لخصائص القاعدة القانونية والتفرقة بينها وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى فى **مبحث ثان** .

---

(١) أنظر F.Terré. مرجع سابق ، ص٧ وبعدها ؛ J.Carbonnier فى القانون المرن ، مرجع سابق ، ص٩٥ .

المبحث الأول

تعريف القانون ونطاقه

المطلب الأول

تعريف القانون

٥-القانون فى اللغة ، كل قاعدة مطردة على وجه مستمر ، أو مستقر ومنظم[١] . وهو معنى ينصرف إلى علوم الطبيعة والاقتصاد ، والرياضة وغيرها ودليل ذلك ، أن القاعدة المستقرة التى تقضى مثلا بسقوط الأجسام إلى الأرض كلما ألقيت فى الفضاء تسمى بقانون الجاذبية . والقاعدة المستقرة فى الاقتصاد بتأثر الأسعار والأجور بمدى التوازن بين العرض والطلب بالنسبة إلى السلع والخدمات تسمى بقانون العرض والطلب .... وهكذا .

وفى نطاق العلوم الاجتماعية ، يمكن تعريف القانون على أنه مجموعة القواعد السلوكية الملزمة للأفراد فى المجتمع . وهذا هو المعنى العام للقانون

---

(١) وفى الفرنسية يطلق على القانون Le Droit تمييزا له عن الحق ، ويقال على الأولى القانون الموضوعى Le droit objectif والثانية ، القانون الشخصى Le droit subjectif . وانظر روبير فى Droits subjectifs et situtions juridiques 1963 ولاروميه ، مرجع سابق ، ص١٠ ، بند ١٢ .

وفيه تتضح خصائصه الجوهرية بأنه مجموعة من القواعد السلوكية تتميز ، عن غيرها من القواعد بالعمومية والتجريد ، ثم أنها قواعد اجتماعية وملزمة للأفراد .

والتعريف السابق هو المعنى الأوسع للقانون عموما ، فثمة معنى أضيق نطاقا ، عندما يتصل الأمر بتنظيم نوع معين من أنواع العلاقات بين الأفراد فإذا قلنا مثلا القانون المدنى ، كان القصد مجموعة القواعد التى تنظم المعاملات المدنية بين الأفراد . والقانون التجارى مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التجارية بين الأفراد والقانون الدستورى مجموعة القواعد التى تحدد أسس الحكم ، داخل الدولة ، وبيان الحقوق والواجبات العامة ... الخ[1] .

وقد يستعمل اصطلاح القانون للدلالة على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية . وعندئذ يختلط معنى القانون بمصدره فنقول مثلا ، قانون التمويل العقارى ، وقانون الملكية الفكرية ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون المحاماة ... الخ . والحقيقة ، أن التشريع ليس هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية فثمة مصادر أخرى ، وإن كان أهمها فيما سنرى هو التشريع .

---

(١) انظر : لاروميه ، مرجع سابق ، ص١٣ ، بند ١٤.

وقد تستعمل كلمة القانون ويراد بها التقنين Code، أى مجموعة المـــواد أو النصوص الخاصة بفرع معين من فروع القانون فنقـــول مثــلا ، نصــت المادة الأولى من القانون المدنى على كذا ، فيكون المقصود بلفــظ القــانون " التقنين المدنى " .

وأخيرا ، فقد يستخدم مصطلح القانون مقترنا بوصـــف معيـــن . فنقـــول القانون الوضعىDroit Positif ، والقانون الطبيعى Droit naturel . ويقصـــد بالأول مجموعة القواعد القانونية السارية فعلا فى بلد ما فى زمن معين . وبذا فالقانون الوضعى المصرى ، مجموعة القواعد المعمول بها فى مصــــر فـــى الوقت الحاضر ، أيا كان مصدرها .

أما القانون الطبيعى ، فيقصد به مجموعة القواعد المثالية المؤبـــدة التـــى أودعها الله فى الكون ويكشف عنها العقل ،أى تتجه إليها القوانيـــن الوضعيـــة على قدر الإمكان لتحقيق العدالة[١] ، ويعتـــبر أساســـا للقـــانون الوضعـــى . وقد استقى القانون الوضعى المصرى من القـــانون الطبيعـــى مبـــادئ عـــدم التعسف فى استعمـــال الحق[٢] - ونظـــرية تحمل التبعة ، ونظـــرية الحوادث

---

(١) أنظر / عبدالمنعم البدراوى ، مبادئ القانون ، ١٩٧٤ ، ص١٢ ، بند٤.

(٢) فنصت المادة الخامسة من القانون المدنى على أن الشخص يكون متعسفا فى اســتعمال حقه فى الحالات الآتية : إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير- إذا كانت المصلحة=

الطارئة ... الخ .

ودراستنا في هذا المجال تنصرف إلى القانون بالمعنى الواسع ، أي على أنه مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، ويتعين الخضوع لها بالقوة عند الاقتضاء .[1]

٦- والقانون - بالمعنى الذى بسطناه - يتكون من مجموعة من القواعد فالقاعدة القانونية هى الوحدة . أو الخلية التى يتكون منها القانون والقاعدة القانونية بدورها تتكون من فرض ، وحكم (أو حل) .

وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له ورد بنص م ١٦٣ من القانون المدنى ، مثلا أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض .

الفرض من النص المذكور، كل من يخطئ فيتولد عن خطئه ضرر للغير. والحكم هو التزامه بالتعويض .

وورد بنص م ٢٤٢ من قانون العقوبات ، بأن كل من قتل نفسا عمدا من غير سبق إصرار،ولا ترصد،يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة،أو المؤقتة .

=التى يبغى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها - وأخيراً إذا كانت المصلحة التى يرمى إلى تحقيها غير مشروعة .

(١) وتفصيلا - سليمان مرقس - شرح القانون المدنى / ط - المدخل للعلوم القانونية / ١٩٧٦/ ص ٣٤٦. F.terre ، مرجع سابق ، ص٢ ، بند ٣ ،لاروميه،ص١٣،بند١٤.

والفرض – هنا – كل من يقتل عمدا ، بغير سبق إصرار ، أو ترصد ، والحكم هو العقوبة الواردة بالنص .

الحاجة إلى القانون :

٧-الإنسان كائن اجتماعى لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا بل يعيش دائما فى مجتمع ، يتعاون مع أفراده ويتبادل معهم المنافع فتنشأ علاقات اجتماعية متعددة أسرية واقتصادية وسياسية(١) تستلزم وجود قواعد تنظمها سواء تمثلت هذه القواعد فى قيود على السلوك الاجتماعى أو فى واجبات على الأفراد .

وقد استقت هذه القيود أو الواجبات المفروضة مصدرها بداية من قواعد المجاملات ، والآداب ، أو قواعد الأخلاق .

وفى مرحلة تالية تبين أن هذه القيود ، غير كافية لإجبار الناس على احترامها ، وظهرت الحاجة إلى قيود من طبيعة إلزامية يوقع على ما يخالفها

---

(١) فالقانون يتوغل فى حياة الفرد فى المجتمع : فى الطريق ، وفى شراء جريدة الصباح، وفى دفع الضرائب . إنه فى حياتنا اليومية بل هو الحياة اليومية ذاتها . كذا فالقانون يكمن فى المعرفة ، وأخيراً فهو موجود فى الدعوى أمام القضاء .

أنظر L.François فى مشكلة تعريف القانون،١٩٧٨ ، Liege،ولاروميه،ص٣٠،بند٥٦.

جزاء مادى ، ومنظم ، أى تستقل به سلطة مختصة . ولـــذا نشـــأت القواعـــد القانونية . التى تهدف إلى تنظيم المجتمع تنظيما يحقـــق المصلحـــة العامـــة ، بطريق صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة وذلك عن طريـــق قواعـــد يقترن الخروج عليها بجزاء توقعه السلطة العامة على المخالف، وبدون هـــذه القواعد القانونية لا يمكن أن يستتب أمن أو يقوم نظام فى مجتمع .

المطلب الثانى

نطـــاق القانون

وضع المسألة :

٨-رأينا بأن القانون مجموعة من القواعد التى ترمى إلى تنظيم ســـــلوك الأفراد فى المجتمع ، وبأن المجتمع ذاته ، ممثلا فى السلطة المختصة يكفـــــل احترام هذه القواعد بتوقيع جزاء على من يخالفها .

والمقصود بنطاق القانون هو الإجابة عن التساؤل الآتى : إلى أى مــــدى يمكن للمجتمع التدخل بتنظيم سلوك الأفراد ؟ ولا ريب بأنها إجابـــــة تختلـــف بحسب المذهب السائد فى المجتمع . وهلى هو المذهب الفردى الذى يعلى مـــن قيمة الفرد وحريته وحظر المساس بالحرية الفردية إلا فى أضيق الحـــدود ، أم المذهب الاجتماعى الذى ينظر إلى الجماعة قبل الفرد ، ويوسع مـــــن نطـــاق تدخل القانون . وعليه ، نعرض للمذهبين الفردى ، والاجتماعى ، ثـــم نبيـــن مدى تأثيرهما على القانون المصرى .

أولا : المذهب الفردى :

يقوم المذهب الفردى ، فى جوهره على اعتبار الفرد قبل المجتمع ، أى

أن الفرد لم يخلق للمجتمع ، ولكن المجتمع وجد لمصلحة الأفراد وبالتالى فإن تدخل المجتمع لتنظيم سلوك أو علاقات الأفراد يجب أن يكـون فـى أضيـق نطاق ممكن .

وقد انعكس جوهر المذهب الفـردى بآثـاره علـى البنـاء الاقتصـادى والسياسى للمجتمع :

فمن الناحية الاقتصادية ، ينبغى أن يقوم الاقتصاد على المنافسة الحـرة باعتبارها الطريقة لتحقيق أكبر قدر من الإنتاج ، وأجـود السـلع والخدمـات والمنافسة الحرة التى يقوم عليها البناء الاقتصادى الرأسمالى وليـدة الحريـة الفردية ، وعليه تكون وظيفة القانون ، تهيئة الظروف التى يستطيع فيها الفـرد مزاولة نشاطه المادى ، والفكرى والروحى ، ومنع اعتدائه فـى ذات الوقـت على حقوق الآخرين . فلا وجود للحرية الفرديـة بـدون تقييدهـا لمصلحـة الباقين. وبذا ، يبدو التلازم الحق والواجب فى المذهب الفردى . ولا وجـود للأول بدون الثانى . وعلى القانون التوفيق بيـن الحقـوق الخاصـة ومنـع التضارب فيما بينها . وبحيث تقوم الدولة بالمحافظة على الأمن فى الداخـل ، والخارج وإقامة القضاء فيما يسمى بالأمن والدفاع ، والعدالة .

كـذا ، فإن البناء السـياسى للمذهب الفـردى يستند على نظرية العقـد

الاجتماعى ، وهو فرض أو تصور نظرى ، فيه يتنازل الأفــراد عــن جــزء يسير من حريتهم الفردية مقابل إيجاد حكومة تتولى حمايتهم ، وبعبارة أخــرى حماية الجزء الأكبر من حقوقهم الطبيعية التى احتفظوا بها .

١٠-وعلى أية حال فإن جوهر المذهب الفردى قد انعكس بآثاره كذلــك على القانون ، فضيق من نطاقه من ناحية ، وأسفر من ناحية أخرى عن مبـدأ سلطان الإرادة L'autorité de la volonté ومفاده ، أن العقود لا يمكــن أن تخضع فى إنشائها ولا فى تحديد آثارها لغير إرادة عاقديها .

وقد تمخض مبدأ سلطان الإرادة بدوره عن نتيجتين مهمتين :

الأولى : أن الأفراد يلتزمون بإرادتهم الحرة ، وبمــا أن العقــد - فيمــا سنرى - أهم مصادر الالتزامات على الإطلاق . فلا عقود دون رضــاء . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه ، وجميع الأنظمة القانونيــة لا تقــوم بغــير الإرادة الحرة ، بما فى ذلك الأسرة ، التى تقوم بناء على عقد الزواج ، بـل إن المجتمع نفسه لا يقوم إلا على العقد الاجتماعى .

والنتيجة الثانية : أن الإرادة لا تؤثر فقط على إنشاء الالتزامــات ، بــل هى الأساس الذى تتحدد عليه ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

وتأكيــداً لذلك وتفصيلا له نصت المــادة ١/١٤٧ من القانــون المدنى

المصرى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقرها القانون . لذا لا يكون لأحد بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزام كان طرفاً فيه بدعوى غبن أصابه من العقد ، ما دام أبرمه بإرادة حرة واعية . ولا يكون للقانون أن يتدخل ليعدل من التزامات أحد المتعاقدين مهما ترتب عليها من أضرار بدعوى العدالة مثلا [1].

نقد المذهب الفردى :

١١-إذا كان جوهر المذهب الفردى تحديد نطاق القانون ، بالحد من تدخله فى حياة الفرد إلا بالقدر اللازم لضمان النظام فى المجتمع ، وبأن المجتمع يجب أن يوجه لخير الفرد ، وخدمته . إلا أن أنصار المذهب يبالغون فى تقديس الحرية الفردية ، فأسفرت التجربة أنها قاصرة على من يستطيع ممارستها ، وهم الأغنياء .

كذا يقوم المذهب الفردى على أن الحرية الفردية حق مقدس للفرد لا يجوز المساس به ، وهو فرض سابق على دخوله الجماعة أخذا من نظرية العقد الاجتماعى ، وهو فرض غير صحيح على إطلاقه . لأن الفرد المنعزل لم يوجد[2] لاستحالة حياة الفرد وحده بدون مجتمع .

---

(١) البدراوى ، ص٣٣ ، بن١٦ .

(٢) البدراوى ، ص٣٤ ، بند ١٧ .

ثانيا –المذهب الاجتماعى :

١٢–يقوم المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى على أن الفرد لخدمة الجماعة اعتباراً بأنه عنصر من عناصرها . ولا يصح النظر إلى الفرد على أنه كائن منعزل أو مستقل . لذا فالجماعة أولا . ويصبح مصدر القانون ليس الفرد بل الحاجات الاجتماعية .

ويختلف البناء الاقتصادى والسياسى فى المذهب الاجتماعى عنه فى المذهب الفردى . إذ يقوم – من الناحية الاقتصادية – على تحقيق الكفاية فى الإنتاج ، والعدالة فى توزيع السلع والخدمات . والأولى تستلزم تضافر جهود الجماعة ، والعمل وفق خطة معينة ، وبالتالى لا يتحقق دون الأخذ بقاعدة لكل بحسب عمله ، فإن لم يستطع فلكل بحسب حاجته .

لذا ، فالشعب فى الأنظمة الاجتماعية يملك وسائل الإنتاج والتوزيع ، ليوجهها لخدمة الجماعة ، ويتدخل القانون ليضع حداً أقصى للملكية ، وينظم القطاع العام ، والعلاقة بينه وبين الأفراد .

كما يتدخل القانون فى نطاق علاقات العمل لحماية العمال من الاستغلال، ويفرض التأمينات الاجتماعية فى مواجهة مخاطر الشيخوخة ، والعجز والوفاة وإصابة العمل ، والأمراض المهنية .

وفى الناحية السياسية ، فالدولة صاحبة الحقوق جميعها ، وتوجه الأفـراد إلى استعمالها بهدف تحقيق الوظيفة الاجتماعية لهذه الحقوق . كذا فالدولة هـى التى تتدخل لتنظيم جميع الروابط الاجتماعية بصورة متسعة .

ثالثا : مدى تأثر القانون المصرى بالمذهبين :

١٣- تأثر القانون المدنى القديم (**الأهلى والمختلط**) بالمذهب الفردى بل كان تعبيراً أميناً عنه يدل على ذلك ما يلى :

- خول المشرع للمالك الحق فى استعمال واستغلال أو التصرف فيمـا يملكه بطريقة مطلقة .

- اعتد المشرع بمبدأ سلطان الإرادة المطلق ، فالعقد شريعة المتعـاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله بأى طريق ، حتى ولو شابه اسـتغلال أو تغيرت الظروف التى أبرم فيها .

١٤- وفى مرحلة لاحقة بدأ القانون المصرى يتأثر بالمذهب الاجتمـاعى بصورة تدريجية ، وحتى قبل صدور القانون المدنى الجديـد ١٩٤٨ . حيـث أصدر المشرع ١٩٣٦ قانون التعويض عن إصابات العمـل ، وبـه يعتـبر

صاحب العمل مسئولا عن حوادث العمل حتى ولو لم يثبت خطأ من جانبه اعتبارا لنظرية تحمل التبعية [1].

- وفى ١٩٤٨ أصدر المشرع المصرى القانون المدنى الذى عمل به اعتبارا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ ، وفيه بدأ تأثره بالمذهب الفردى واضحا ، وربط بين الفردية والديمقراطية ، إلا أنه مع ذلك لم يتجاهل المذهب الاجتماعى برمته ، وقد عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها ... أن المشرع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها مصلحة الجماعة، ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية ، بل هو يوفق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة ، ثم هو بين الفرد والفرد لا يترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية . فليس الفرد حرا فى أن يتخذ ما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئة ليتعسف ، ويتحكم لذلك يقف المشرع إلى جانب الضعيف

(١) وتعرف بنظرية الغرم بالغنم ، ومؤداها أن من ينتفع بشئ ومثله من يمارس نشاطا معينا ، يصبح مسئولا عن جميع الأضرار الناشئة عن انتفاعه أو نشاطه ، حتى ولو لم يقع منه خطأ أو إهمال . وانظر للمؤلف ، الوجيز فى التأمينات الاجتماعية ، ٢٠٠١ ، ص٦ .

فيحميه ، كما فعل فى عقود الإذعان[1] عندما جعل ما اشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقدير القاضى ، وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال ، عندما أو جب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته ، أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العامل بسلسلة قوية من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل .

- وتستطرد المذكرة الإيضاحية بأن المشرع يضع مبدأ عاما ينهى فيه من التعسف فى استعمال الحق بالمادة الخامسة من القانون .
- كذا ، يبدو القانون ظاهر الرفق بالمدين ، فهو يوجب على القاضى أن يتدخل لحماية المدين المرهق إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . فواجب القاضى إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين ، أن ينقض الالتزام المرهق إلى الحد

---

(١) عقود الإذعان ، نوع من العقود لا يناقش فيها كلا الطرفين شروط العقد ، بل يذعن فيها أحدهما لشروط العقد كما صاغها الطرف الآخر ، فلا يملك سوى القبول أو الرفض . ومثال ذلك العقود التى تبرمها المرافق العامة مع الأفراد ، عقود الكهرباء ، والمياه ، والغاز .

المعقول ... م١٤٧/٢ مدنى[1] .

- كذا يعرف القانون الملكية بأنها وظيفة اجتماعية ، ولا يخول المالك الغلو فى استعمال ملكه إلى حد يضر بملك الجار . (م٨٠٧ مدنى).

- وفى فترة لاحقة،بالغ المشرع المصرى فى تأثره بالمذهب الاجتماعى خصوصا بعد ١٩٥٢،فصدرت قوانين الإصلاح الزراعى ، الذى قيد الملكية الفردية بقدر معين ، وأطلق يد الحكومة فى الاستيلاء على ما زاد عنها، وصدر قانون العمل ١٩٥٩، بقصد حماية العمال من استغلال أصحاب العمل . كما صدرت قوانين عدة بخصوص التأمينات الاجتماعية بقصد مواجهة مخاطر الشيخوخة ، والعجز ، والوفاة ، وإصابات العمل ، والأمراض المرضية . وقوانين تنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر.كذا كرس الدستور المذهب الاجتماعى بنص فى المادة الأولى على أن مصر دولة ذات نظام ديمقراطى اشتراكى ، وبنص فى المادة الرابعة على أن الأساس الاقتصادى لمصر هو النظام الاشتراكى القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال،ويهدف إلى تذويب الفوارق بين الطبقات، وينص فى المادة السابعة على أن التضامن الاجتماعى أساس المجتمع المصرى

---

(١)وللمؤلف ، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام التعاقدى ، بحث للحصول على درجة أستاذ فى القانون المدنى .

١٥-وفى فترة تالية بدأت مصر تعدل تدريجيا عن المذهب الاجتماعى وتقترب من المذهب الفردى . وقد ترتب على ذلك إلغاء عدد من القوانين الاشتراكية ، بما فى ذلك قانون الإصلاح الزراعى ، وقوانين تنظيم العلاقة بين الملاك والمستأجرين فى العقارات المبنية ، وغيرها . وصيغت قوانين أخرى تقترب من المذهب الفردى بقدر ما تنأى عن الإغراق فى المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى .

١٦-كذا تأثرت مصر ، كغيرها بفكرة الدولة العالمية Globalisation[(١)] فصاغت تشريعات تنسيق ومعايير التجارة الدولية بما فى ذلك قانون غسيل الأموال ، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية[(٢)] ، وقانون التحكيم[(٣)] ، وقانون التمويل العقارى .

---

(١) ويعبر عنها بالعولمة ومفادها تدويل الاقتصاد ، بما يؤدى إلى حرية انتقال المنتجات أو رؤوس الأموال بين الدول المختلفة بلا قيود بما ينعكس بآثاره الاقتصادية والاجتماعية على القواعد القانونية ن فتصبح بدورها دولية ، تفرضها الدول المتقدمة بمد آليات معينة على الدول النامية . أنظر للمؤلف : عقود ال B.O.T وآليات الدولة العالمية ، تقرير بمؤتمر ،حقوق المنصورة ، مارس ٢٠٠٢ .

(٢)القانون رقم ٢٠٠٢/٨٢ الجريدة الرسمية ، ٢٢ مكرر ، ٢ يونية ٢٠٠٢ .

(٣) أنظر : حسين الماحى ، انعكاسات العولمة على التحكيم التجارى الدولى ، ضمن أعمال المؤتمر السنوى الخامس لكلية الحقوق فى الفترة من ٢٨ -٢٩ مارس ٢٠٠٠.

المبحث الثانى

خصائص القاعدة القانونية والتمييز بينها وبين غيرها

تمهيد وتقسيم :

١٧-إذا كان القانون – بالمعنى الذى بسطناه – مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم ، والتى يناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والإلزام فإننا نستنتج ثلاث خصائص جوهرية تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى هى :

- أنها قواعد عامة ، ومجردة .
- أنها تنظم السلوك الاجتماعى .
- أنها تقترن بجزاء مادى ، وحال ، ومنظم[١] .

(١) وعند لاروميه ، ص١٤ ، بند ١٦، وبعده ، تنقسم خصائص القاعدة القانونية إلى نوعين : خصائص يقوم الخلاف بشأنها ، وهى أربع : أنها قاعدة محددة حيث أن التحديد ليس قاصرا على القواعد القانونية ، بل أن ثمة قواعد قانونية غير محددة ، بما فى ذلك مثلا نصوص المواد ١١٣١، ١١٣٣،و١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى . والأولى خاصة بسبب العقد ، والثانية تتعلق بالآداب العامة والنظام لعام ، والأخيرة تتعلق بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض ، دون تحديد المقصود بالخطأ ، ويضيف لذلك خصائص ثلاث لا يقوم خلاف بصددها : أنها قواعد عامة مجردة ، وتضعها سلطة مختصة فى الدولة Regles Créée par l'autorité etatique وأخيرا أنها قاعدة مقترنة بجزاء.وانظر نفس المرجع،بند٢٦٠،وبند ٢٧٨ .

١٨-وسوف نعرض بداية لخصائص القاعدة القانونية ، ثم للتمييز بينـــها وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى :

المطلب الأول

خصائص القاعدة القانونية

١٩-رأينا بأن القاعدة القانونية عامة ومجردة وتنظم السلوك الاجتماعى، وتقترن بجزاء على التفصيل الآتى بيانه :

أولا- القاعدة القانونية ، عامة ، ومجردة :

٢٠- تتميز القواعد القانونية بأنـــها قواعــد عامـــةGenerale ومجـــردة Abstrait ، بمعنى أنها توجه إلى الأشخاص أو الوقائع عامة فلا توجـــه إلـــى شخص معين ولا واقعة بذاتها . ولكنها تنطبق إذا توافرت للشخص أو للواقعـة صفات أو شروط محددة . فكل شخص ، اجتمعت فيه أوصاف معينــــة وكـــل واقعة توافرت لها شروط معينة تنطبق بشأنها القواعد القانونية [١].

والنوع الثانى، خصائص يقينية لا يقوم خلاف بشأنها يتمثل فى أن القواعد القانونيـــة ، قواعد سلوك Regles de conduitesوالثانية أنها قواعد ملزمةObligatoirs، ويفرق بين الجزاء والإلزام.والأول يعنى توقيعه فعلا،والإلزام يعنى التهديد بتوقيـــع الجـــزاء والإلزام يكفى فى ذاته،لقيام القاعدة القانونية.وقرب،تناغو،مرجع سابق وموضع سابقين

(١) لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٦/٧٥ ، دار النهضة العربية ، ص٢٣ .

وبعبارة أخرى ، فإن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بالذات، ولا تتعلق بواقعة بعينها . بل أنها تخاطب الأشخاص والوقائع بناء على صفات ، وشرائط ، إذ توافرت ، انطبق الحكم الوارد بالقاعدة القانونية، وبذا ، تظل القاعدة القانونية صالحة للتطبيق على جميع من يخضع منهم لحكمها ، ولا تستنفذ الغرض منها بمجرد تطبيقها . بما يكفل المساواة بين الناس أمام القانون طالما أن الحكم فى القاعدة القانونية لا يختلف من شخص لآخر [١].

وتبعا لذلك ، فإن القرار الصادر مثلا بتعيين شخص فى وظيفة معينة لا يعتبر قاعدة قانونية . والقرار الصادر بنزع ملكية عقار معين ، لا يعتبر قاعدة قانونية . والقرار الصادر بالاستيلاء المؤقت على عقار معين لا يعتبر قاعدة قانونية ، والقرار الصادر بإغلاق محل تجارى لا يعتبر قاعدة قانونية ، والحكم الصادر عن المحكمة بالتعويض عن العمل غير المشروع الذى ارتكب لا يعتبر قاعدة قانونية . وتفسير ذلك، أن المسائل السابقة تتعلق بأفراد بعينهم، أو بوقائع بعينها. فلا ترتفع إلى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد مفقودة [٢].

---

(١) لاروميه ، ص١٦ ، بند ٢٢ الذى يربط بين المساواة والعمومية والتجريد فى القاعدة القانونية .

(٢) حسن كيره – المدخل إلى القانون / ط٥ / ١٩٧٤ – ص ٢٥/ بند ٩ ، لاروميه ، ص١٩ ، بند ٢٧ .

وعلى عكس ذلك تعتبر قاعدة قانونية يتوافر لها صفة العموم والتجريد النص الذى يقضى بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض (م١٦٣ مدنى) . والنص الذى يقضى بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته – م ٢٩/مدنى . والنص الذى يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد ، متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية – م ٤٤/ مدنى .

أو النص الذى يقضى بأنه تعتبر أموالا عامة ، العقارات ، والمنقولات التى للدولة ، أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، أو بمقتضى قانون ، أو مرسوم ، أو قرار من الوزير المختص – م ١/٨٧ مدنى . والعلة ، أن المسائل السابقة لا تتعلق بشخص محدد ، ولا بواقعة بعينها .

وإذا كانت القاعدة القانونية مجردة ، فإنها بالضرورة تكون عامة أى تنطبق على عدد غير محدود من الأشخاص أو الوقائع . وبمعنى آخر فإن العمومية ، تكون نتيجة للتجريد وتظهر عند تطبيق القاعدة القانونية[١] .

٢١– ونلفت النظر بأنه ، ليس المقصود بالعمومية فى القاعدة القانونية ،

---

(١) لاروميه ، ص٢٦، بند ٤٤ .

أنها تتضمن خطابا إلى كافة أفراد المجتمع أو أغلب الأفراد . بل إن القــاعدة القانونية تكون عامة برغم أنها لا تنطبق إلا على عدد محدود من الأفـراد ، أو بعض فئات المجتمع ، طالما أنها تنطبق على كل واحد من هؤلاء إذا توافـرت فيه شرائط انطباقها . وعلى ذلك فإن القواعد التى تنظم مهنــة المحامــاة ، أو الطب ، أو الهندسة ، تعتبر قواعد قانونية ، عامة برغم أنها لا تخاطب ســوى فئة محددة من المجتمع ، بصفتهم لا بأشخاصهم[١] .

وفضلا عن ذلك توجد قواعد قانونية لا تنطبق إلا على شــخص واحـد وبرغم ذلك تكتسب صفة العمومية ومن ذلك مثــلا القوانيــن ، التــى تحــدد سلطات رئيس الدولة ، أو رئيس مجلس الشعب ، مادام أنها لا تخاطبه بذاتـــه بل بصفته ، فتنطبق على كل من توافرت فيه صفــة رئيــس الجمهوريــة أو رئيس مجلس الشعب ، وتبقى بعد تطبيقها فى حالــة معينة ، لتحكم حالات لا يمكن حصرها .

٢٢-ويبقى أن نوضح بخصوص صفة العمومية مسائل ثلاث :

الأولى : أنه لا يشترط لاكتساب القاعدة القانونيــة صفــة العموميــة أن توضع لزمن غير محدد. فثمة قوانين عامة برغم أنها معدة للتطبيـــق خــلال

---

(١) لاروميه ، ص١٨ ، بند ٢٦ ، بخصوص الشروط العامة فى التعاقد ، حيــث يــرى بأنها قواعد قانونية تتسم بالعمومية ، والتجريد .

فترة زمنية محددة . بما فى ذلك مثلا قوانين إعلان حالة الطوارئ لمواجهة ظروف الحرب التى تنتهى بانتهاء حالة الحرب .

والثانية أنه لا يشترط لاكتساب صفة العمومية ، أن تنطبق القاعدة القانونية على كل إقليم الدولة ، فثمة قوانين تحكم بعض أجزاء الدولة خصوصا فى قوانين البلاد الاتحادية مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، التى تتكون من ولايات عدة تنفرد كل ولاية بقانونها الخاص .وتعتبر مع ذلك قواعد عامة .

وأخيرا فإن عمومية القاعدة القانونية تكتسب أهمية خاصة فى نطاق القانون العام ، أى ذلك الفرع من أفرع القانون الذى ينظم سلطات الدولة . فتصرفات الحاكم يجب أن تصدر تطبيقا لقواعد عامة مجردة سابقة على هذه التصرفات ، فيما يسمى بمبدأ شرعية السلطة ، أى خضوعها للقانون ، وبدونه تصبح سلطة الحاكم استبدادية . بمعنى أنه إذا لم تصدر القرارات والأوامر تطبيقا لقواعد قانونية عامة ، ومجردة ، ينهار مبدأ شرعية السلطة ، وتختل ضمانات الحرية (١).

---

(١) البدراوى ، ص١٦ ، بند ٧، لاروميه ، ص٢٦ ، بند ٤٦ .

ثانياً – القاعدة القانونية ، تنظـــم الســلوك الاجتمــاعى : Règle de conduite

ذكرنا بأن القانون ظاهرة اجتماعية ، دفعت اليــه الحاجــة إلـــى تنظيــم العلاقات التى تنشأ بين أفراد المجتمع ، فلا يـــهتم القـــانون إلا بالعلاقـــات أو الروابط الاجتماعية ، أى التى تتخذ مظهرا خارجيـــا des comportements sociaux. وبذا فلا شأن للقانون بما كمن فى النية ، أو الضمير فـــهذه مســـائل نفسية ، باطنية ، تظل بمنأى عن حكم القانون ، طالما لم يقترن بها أى ســـلوك خارجى . فإذا عزم شخص أو انتوى قتل آخر ، ولكنه لم يقتله فلا يقـــع شـــئ من ذلك تحت طائلة القانون . وإذا عزم شخص على أن يوصى لأحد أقاربـــه بمال معين لكنه توفى قبل تحرير سند الوصية فلا يعتد بمجرد النية أو العـــزم على الإيصاء فى ترتيب أى أثر.

وليس معنى أن القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الخارجى للأفـــراد أن القانون لا يرتب أثرا أو نتيجة على النية ، إذا اقترنت بســـلوك خـــارجى بـــل يدخلها فى الاعتبار .

وبعبارة أخرى فإن النية بذاتها لا تقع تحت حكم القانون . فإن اقترن بـــها سلوك خارجى ، فإن القانون يرتب عليها نتائج مهمة بتشديد الجزاء أحيانـــا ، أو بترتيب نتائج محددة أحيانا أخرى . ويقطع فى الدلالة على الأولى أن القتـــل

العمد مثلا ، إذا اقترن بسبق الإصرار ، أى بالتصميم السابق على ارتكاب الجريمة عقوبته أشد من مجرد القتل العمد ، بدون سبق إصرار ومثال الثانية أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، إذا كان حسن النية .أى إذا كان يجهل أنه يحوز مالا مملوكا للغير . وفى كل الحالات فإن النية وحدها لا تكفى لترتيب أية آثار قانونية بل يجب أن يسندها فعل مادى أى سلوك ظاهر خارجى .

ثالثا – القاعدة القانونية تقترن بجزاء : Règle sanctionnée

٢٤–تتميز القاعدة القانونية بأنها تشتمل على جزاء مادى توقعه السلطة العامة على المخالف عند الاقتضاء بدونه لا يتسنى احترام القانون ، وتفقد القاعدة القانونية صفة الإلزام . والعلاقة وثيقة بين الجزاء ، والإلزام ولولا الأول ، لما كان الثانى . وبعبارة أخرى ، القواعد القانونية ليست نصائح ، ولا إرشادات(١) . بل قواعد ملزمة لأنها مقترنة بجزاء .

---

(١) لبيب شنب ، ص ٢٥ ، بند ١٧، لاروميه ، ص٢١ ، بند ٣١ ، ويثور التساؤل بعد ذلك عما إذا كانت جميع القواعد القانونية مقترنة بجزاء ؟ ومبررات السؤال أن قواعد القانون الدولى العام وقواعد القانون الدستورى لا تقترن مخالفتها بجزاء مادى، ومنظم وحال . وعندنا أنه ينبغى التفرقة بين مسألتين : الجزاء فى ذاته ، وخصائصه . ويكفى لقيام القاعدة القانونية توافر الجزاء فى ذاته حتى ولو لم تكتمل له خصائصه . وانظر لاحقا ، ص٣٥ ، بند٢٥ .

ويختلف الجزاء فى طبيعته باختلاف مضمون القاعدة . فقواعد القـــانون الجنائى تختلف عن قواعد القانون المدنى .... فالأول ، يتمثل فـــى العقوبـــات المالية : "الغرامة ، والمصادرة " أو العقوبات الســـالبة للحريـــة : "الحبـــس ، والسجن " أو العقوبات الجسدية (الإعدام) .

والجزاء فى القانون المدنى : التنفيذ الجبرى ، أو البطلان أو عدم نفـــاذ التصرف فى مواجهة الغير أو الفسخ أو التعويض كما تختلف قـــوة الجـــزاء من قاعدة إلى أخرى بحسب مدى خطورة المخالفة واتصالها بكيان المجتمـــع ، أو مصالحه الأساسية .

وتفريعا على ذلك فإن الجزاء على جرائم القتل ، أشد من الجزاء علـــى مخالفة قواعد المرور مثلا . والجزاء على تخلف ركن من أركان العقد ، هـــو البطلان المطلق ، بينما الجزاء على تخلف شرط من شروط صحة العقد ، هـــو البطلان النسبى[1] ، والأول أشد من الثانى من حيث نتائجه[1].

---

(١)والركن ، لغة ما قام الشئ بوجوده ، وانعدم بانعدامه ، أما الشرط فلا يترتب على تخلفه انعدام الشئ وإنما يوجد الشئ بدونه ، ولكنه وجود غير صحيح أو معتـــل . وأركـــان العقد – فيما سنرى – هى الرضا ، والمحل والسبب . أما شروط العقد فهى ألا يبرمـــه ناقص أهلية ، وألا تتعيب إرادته بأى من عيوب الإرادة (الغلط ، التدليس ، الإكـــراه ، الاستغلال) .

٢٥-ويتميز الجـزاء فى القاعدة القانونية عـن غيرهـا مـن القواعـد الأخرى بأنه مادى، وحال،ومنظم وله عدة صور. على التفصيل الآتى بيانه .

أ- **الجزاء فى القاعدة القانونية مادى** : الجزاء ، فيما أشرنا ، هـو النتيجـة التى تترتب على مخالفة القاعدة القانونية ولذا ، فهو مـادى materielle ، أو حسى ويختلف بالتالى عن الجزاء على مخالفة قواعـد الأخـلاق ، أو المجاملات ، والجزاء فيها معنوى ، أى لا يتخذ مظهراً ماديا يدل عليـه ، ويتمثل فى تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع أو الشعور بالندم...إلخ .

ب- **والجزاء فى القاعدة القانونية حال** . والمقصود أنه يطبق بمجرد حدوث المخالفة ، وبذا يتميز الجزاء فى القاعدة القانونية عن الجزاء فى القواعـد الدينية وفيها فإن الجزاء مؤجل ، أو أخروى ما لم تندمج القاعدة الدينيـة بالقاعدة القانونية فيصبح لها جزاءان دنيوى، أو حال ، وأخروى مؤجـل على ما سنرى لاحقا .

ج- **وأخيرا فإن الجزاء فى القاعدة القانونية منظم** : والمعنـى أن السـلطة العامة هى التى تتولاه . وبهذه الخاصية تتميز المجتمعات المعاصرة عـن

---

(١) فالعقد الباطل بطلاناً مطلقا لتخلف أحد أركانه يخول عاقديه والغير التمسك بـه أمـام القضاء ، ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يسقط بالتقـادم ... ولا تتحقق الآثار السابقة فى البطلان النسبى .

المجتمعات البدائية ، حين كان الشخص يقتضى حقه بنفسه أو بالتضامن مع أفراد أسرته أو عشيرته .

وقد يحتج على ذلك بوجود بعض الاستثناءات التى يقتضى فيها الشخص حقه بنفسه بما فى ذلك – فى نطاق قانون العقوبات – الدفاع الشرعى الذى يخول لمن تعرض لتهديد محدق فى شخصه ، أو ماله ، أن يرد الاعتداء بالقوة ،، إذا توافرت شرائط معينة[1] .

وفى نطاق القانون المدنى ، فإن الحق فى الحبس يخول للدائن أن يحبس أموال المدين لديه لحين استيفاء حق له فى مواجهته[2] فيمتنع البائع مثلا عن تسليم الجزء الباقى من البضاعة لحين قيام المشترى بدفع بقية الثمن[3] بما

---

(١) وانظر تفصيلا ، سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧ ، ص٢١ ، بند١٣.

(٢) فتنص المادة ٢٤٦ مدنى على أن " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذ هو نفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رده هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام ناشئا عن عمل مشروع .

(٣) إعمالا لنص المادة ١/٤٥٩ مدنى ، إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع .

يتضمنه من معنى اقتضاء الفرد حقه بنفسه . ومردود على ذلك بأن هذه الاستثناءات ، تقررت لأغراض محددة ، وبشروط ورد النص عليها ، وتؤكـد القاعدة، ولا تنفيها.

صور الجزاء فى القاعدة القانونية :

٢٦-تنقسم الجزاءات ، إلى أنواع ثلاثة بحسب مضمون القاعدة القانونيـة موضوع المخالفة . فمخالفة قواعد القانون الجنائى تسـتتبع توقيـع الجـزاء الجنائى ومخالفة قواعد القانون الإدارى تستوجب توقيـع الجـزاء الإدارى . ومخالفة قواعد القانون المدنى تستوجب توقيع الجزاء المدنى. على التفصيـل الآتى بيانه :

١- الجزاء الجنائى :

٢٧- هو الأثر أو العقوبة المترتبة على ارتكاب فعل من الأفعـال التـى يحرمها القانون الجنائى ، وهو اشد الجزاءات المعروفة فى القـانون ، لأن الجريمة إخلال بنظام المجتمع ، فيتعين أن تواجه بعقوبة تتناسـب مع درجة الإخلال والذى يملك توجيه الدعوى لتوقيع العقاب هو النيابـة

= وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سـقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام (القانون) .

العامة . وتسمى الدعوى فى هذه الحالة بالدعوى العمومية أو الجنائيـة، والقضاء المختص بنظرها يسمى بالقضاء الجنائى .

- والجـزاء فى القانـون الجنائى يقوم بوظيفة مزدوجـة ، هى المنـع ، والزجر،والأولى،وقائية قبل وقوع الجريمـة.والثانيـة بعـد وقوعـها وبعبارة أخرى الخشية من العقوبة ، تمنع الأفراد من ارتكاب الجريمـة وتعرض المجرم للعقوبة الملائمة، إذا ارتكب الجريمة،بزجـره عـن العودة إليها .

- ونلفت النظر بأن ارتكاب الجريمة لا يعرض المجـرم فقـط للجـزاء الجنائى . فبعض الجرائم تولد إلحق فى الجزاء المدنـى ، بتعويـض المضرور عن الأضرار التى نشأت عن الجريمة. ومثال ذلك الجرائـم التى تمس النظام الاجتماعى، والحق الخاص لأحاد الناس مثل السـرقة، والقتل ، والضرب ...... ونحو ذلك . وفى هـذه الجرائـم وغيرهـا يتعرض المجرم إلى جانب الجزاء الجنائى ، وهـو حـق للمجتمـع ، لتوقيع جزاء مدنى بهدف جبر الضرر الذى سببته الجريمة وهو حـق للمضرور فيما يسمى بالادعاء المدنى لأن أساسـه حـق خـاص ... كالدعوى التى يرفعها ورثة المجنى عليه فى جريمة القتل بـالتعويض

عن الضرر المادى والأدبى الذى سببه قتل مورثهم[1] . والدعوى التى يرفعها المجنى عليه – فى جريمة السرقة – باسترداد المسروقات أو بالتعويض عن قيمتها . وقد نصت المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بحقوق مدنية " .

٢– الجزاء المدنى :

٢٨–هو الأثر ، أو النتيجة المترتبة عن الاعتداء على حق خاص . سواء فى نطاق المعاملات المدنية ، أو حتى التجارية بما فى ذلك مثلا، التنفيذ الجبرى، والبطلان ، والفسخ ، والتعويض ، على النحو الآتى :

أ– التنفيذ الجبرى :

إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بمبلغ من النقود مثلا أمكن التنفيذ الجبرى على أموال المدين لكى يستوفى الدائن حقه من حصيلة بيعها باتباع الإجراءات التى رسمها القانون .

---

(١) وأنظرللمؤلف ، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ،سبتمبر ١٩٩٧ .

ومن ذلك أيضا ، طرد المستأجر ، الذى أخل بالتزام من التزامات عقد الإيجار وأهمها دفع الأجرة أو الحكم بتسليم الطفل لمن له الحق فى حضانته شرعا . فالتنفيذ الجبرى إذن هو إجبار الشخص على ما لم يقم به مختارا ، إذا توافرت شروط معينة ورد النص عليها بالمادة ٢٠٣ مدنى ، التى تقضى بأن " المدين يجبر بعد إعذاره .. على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا . على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاقا للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما .

ب- البطلان :

هو الجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعد انعقاد العقد من أركان ، وشروط وتفسير ذلك أن المشرع قد نص على أركان لا ينعقد العقد بدونها هى الرضا ، والمحل ، والسبب ، والشكل فى العقود الشكلية ، فإذا تخلف ركن منها ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

وتطبيقا لذلك ، إذا أبرم عديم الأهلية (بسبب السن ، أو المرض العقلى) عقد من العقود.فإن ركن الرضا " الإرادة " لا يتحقق فيعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أى كأنه لم يكن. وإذا أبرم الرهن بدون ورقة رسمية ، كان باطلا[١] ،

---

(١) والرسمية ، انعقاد العقد بمحرر على يد موظف مختص ، هو الموثق .

وإذا لم يحدد محل العقد أركان العقد ، أو سببه مخالفاً للنظـــام العـــام والآداب العامة ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

ويشترط المشرع لصحة العقد ، أن تكون إرادة المتعاقدين ، خاليـــة مـــن عيوب الإرادة ، وألا يبرمه ناقص الأهلية أى شخص بلغ سن السابعة لكنه لـــم يبلغ سن الرشد (٢١ سنة ميلادية) . وعيوب الإرادة هى الغلـــط والتدليـــس ، والإكراه ، والاستغلال .

فإذا أبرم العقد ، ناقص أهليـــة ، أو شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة، فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أى أن العقد يكون صحيحـا ولكنه مهدد بالزوال ، إذا تمسك به من وضع البطـــلان لمصلحتـــه " نـــاقص الأهلية ، أو من تعيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة " .

ج - الفسخ :

إذا كان البطـــلان - على ما قدمنا - جزاء مخـــالفة قواعد انعقاد العقـــد، أركانه ، وشروطه ، فإن الفسخ جزاء مخالفة قواعد تنفيذ العقد . فالفسخ علـــى عكس البطلان ، يفترض أن العقد ، أبرم صحيحا ، وتوافرت أركان انعقـــاده ، وشرائط صحته ، ولكن تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فيجوز للمتعاقد الآخر ، المطالبة بفسخ العقد، أى اعتبار العقد منهيا بأثر رجعى مـــن تـــاريخ إبرامه .

ومثال ذلك ، أن يتخلف المشترى عن دفع ثمن المبيع ، فيجـــوز للبـــائع المطالبة بفسخ عقد البيع . وإذا تخلف المقاول عن أداء العمل ، كـــان لـــرب العمل المطالبة بفسخ عقد المقاولة ، وإذا تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة ، كان للمؤجر المطالبة بفسخ الإيجار.... وهكذا .

د – التعويض :

التعـــويض ، هو الأثر أو النتيجة المترتبة على العمل غير المشروع . بمعنى أنه ، إذا ارتكب شخص خطأ سبب ضررا للغير ، يحكم عليـــه بمبلـــغ نقدى لإصلاح الضرر الذى تولد عن الخطأ،يسمى التعويضCompensation .

وقد يكون التعويض مباشرا ، أو غير مباشر " بمقـــابل " ومثـــال الأول إلزام قائد المركبة بدفع تعويض عن الإصابة التى أوقعها بأحد المارة ، بينمـــا التعويض غير المباشر ، لا يطبق إلا إذا تخلف شرط من شروط التنفيذ العينى للالتزام [١] . ومثال ذلك ، أن يتعهد رسام بعمل لوحة فنية ثم يتخلـــف عـــن الوفاء بالتزامه . فلا يمكن إجباره على التنفيذ ، لما يمثله ذلك مـــن المســـاس بحريته الشخصية . فلا يتبقى سوى التنفيذ بمقابل " أى عن طريق التعويـــض للدائن بمبلغ نقدى عن الأضرار التى لحقته عن عدم التنفيذ .

---

(١) أن يكون ممكنا ، وغير مرهق للمدين ، ولا يتصل بشخصية المدين ، وبعد إعذاره .

وقد نصت المادة ٢١٥ مدنى على ذلك بقولها إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه .

وأخيرا ، قد يكون التعويض بمثابة تكملة للجزاء الأصلى ، مثال ذلك أن يتخلف المشترى فى عقد البيع عن دفع الثمن،فيطلب البائع فسخ العقد ، ويحكم به له ، وهذا هو الجزء الأصلي.ولكنه لا يكتفى بذلك فيرفع دعوى بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب فسخ التعاقد (فيسمى بالجزاء المكتمل) .

٣- الجزاء الإدارى :

الجزاء الإدارى هو الأثر أو النتيجة التى يترتب على مخالفة قواعد القانون الإدارى . وهو يختلف بحسب مضمون القاعدة التى تقع مخالفتها . ويتدرج بحسب جسامة المخالفة من لفت نظر للموظف الذى ارتكب المخالفة ، ثم الإنذار، أو الخصم أو التنزيل من الدرجة أو التنزيل من الوظيفة ، وأخيرا، الفصل ، وهو أشد الجزاءات التأديبية لا يوقع إلا على المخالفات الجسيمة.

وقد يتمثل الجزاء الإدارى فى إلغاء القرار الإدارى المخالف للقانون إذا كان مشوبا بعيوب عدم الاختصاص ، أو الشكل أو السبب أو المحل ، أو صدر مشوبا بإساءة استعمال السلطة .

المطلب الثانى

التمييز بين القواعد القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية

تمهيد وتقسيم :

٢٩-قد تختلط القواعد القانونية ، أو تتشابه مع غيرها من القواعد الأخرى التى تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع بما فى ذلك قواعد الدين والأخلاق والمجاملات . ولذا ، يثور التساؤل عن معيار التمييز بين القواعد القانونية ، وبين غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى خصوصا أنها جميعا قواعد عامة ملزمة للأفراد [١] .

٣٠-وفيما يلى نميز بين القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد ، ثم بين القواعد القانونية والدين ، وأخيرا بين القواعد القانونية والأخلاق .

أولا : القواعد القانونية وقواعد المجاملات والتقاليد :

٣١-قواعد المجاملات والتقاليد ، مبادئ سلوكية يراعيها الناس فى علاقاتهم اليومية ويعتبرونها ملزمة بما فى ذلك التهنئة فى المناسبات السعيدة

---

(١) لاروميه ، ص٢٨ ، بند ٥٠ وما بعده .

والعزاء فى الموت والكوارث ، وما جرى عليه الناس فـــى شـــأن الملبـــس، والمظهر فى المناسبات المختلفة .

والقواعد المذكورة تختلف عن القواعد القانونية فى مسألتين :

الأولى : أنها غير محددة ، وغير منضبطة فى حين أن القواعد القانونيـــة محددة .

والمسألة الثانية: أن الخروج عن قواعد المجاملات أو التقاليد لا يترتب عليه جزاء مادى ومنظم توقعه سلطة مختصة كما هو الحال فى شأن القواعـــد القانونية. وإن كان الخروج عليها ، مع ذلك يرتب الاستنكار والازدراء وهـــو جزاء معنوى لا يرقى إلى مرتبة الجزاء المادى المحـــدد لمخالفـــة القواعـــد القانونية . وتفسير ذلك أن القانون نشأ لتحقيق مصلحة أساســـية فـــى تحقيـــق النظام والاستقرار داخل المجتمع ، لذا ، يبدو جزاء مخالفـــة قواعـــده شـــديد القسوة يتناسب وأهمية المصلحة المقصودة ، بعكس الحال فى شـــأن قواعـــد المجاملات والتقاليد فقد نشأت لتأكيد الشعور العام بالجماعـــة بالتعـــاون ، أو التضامن ، لذا لا يستحق الخروج عليها توقيع جزاء مادى ، ومنظم .

ومع ذلك فإن قواعد المجاملات والتقاليد قد ترقى إلـــى مرتبـــة القواعـــد القانونية ، وعندها يصبح جزاء مخالفتها ، مادى ومنظم حيث تصبـــح – فـــى

الحقيقة – قاعدة قانونية ملزمة . بما فى ذلك مثلا تدخل القانون فـــى بعــض الدول بفرض زي معين على النساء ، أو بإطلاق اللحى[1] . وكذا ، القوانيـــن الخاصة بمعاملة أعضاء السلك السياسى والدبلوماســـى فــهى فــى الأصــل مجاملات دولية أصبحت ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية فى نطاق القـــانون الدولى العام . بل إن القضاء الفرنسى الحديث[2] قد أضفى على مجرد التعـــهد الشرفى L'engagement d'hommeur وهو محض التزام أدبـــى ، أو أخلاقـــى صبغة قانونية ، فأدخله ضمن نطاق العقد ، ورتب مسئولية المتعهد بتنفيذ مــا ورد فى تعهده شريطة أن تكون عبارات التعهد محددة وواضحة [3]. وتـــأكيدا لذلك وتفصيلا له ، رفضت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف ، كونـــه لم يضف قوة الإلزام على التعهد الذى قطعه الزوج على نفسه بالإنفاق علــــى

---

(١) فى البلدان البثوقراطية بالخليج والجزيرة العربية ، وفى أفغانستان قبل ســـقوط حكـم الطالبان ، وفى إيران منذ الثورة التى قادها الخمينى ١٩٧٩ .

(٢) مثلا :

Civ. 28 nov., 1985 ,RTD.viv.1986/739 obs. J.Moitre com . 23 dec., 1968 /RTD com. 1969/555 . com.10 janv., 1972/JCP. 1972/11/17139 not Guyon.

أحمد الزقرد ، نحو نظرية عامة لصياغـــة العقــود ، مجلـــة الحقــوق ، الكويـــت ، ع٣،س٢٥، سبتمبر ٢٠٠١ .

(٣) فى عرض أحكام القضاء الفرنسى . أنظر : أحمد الزقرد ، مرجع سابق ، ص٢٣٥ .

مطلقته بعد الطلاق اعتبارا بأن حكم الاستئناف لا يستند إلى أساس من القانون[1] .

وفى دعوى أخرى حكم بأن " التعهد الشرفى يتمخض عن التزام قانونى برغم أن عبارات التعهد صيغت بأن المتعهد ينوى الالتزام اعتبارا بأنها مساوية تماما للتحمل بالالتزام ما دام أن مضمون التعهد واضح ومحدد[2] .

وإجمالا ، انتهى القضاء الحديث بأن التعهد الشرفى ، وهو محض التزام أدبى أو أخلاقى ، يمكن أن يرتقى بشروط معينة إلى مرتبة الالتزام القانونى ، فتندمج قواعد الأخلاق بقواعد القانون .

ثانيا– القواعد القانونية والقواعد الدينية : Droit et réligion [3] .

٣٢– اندمج الدين بالقانون فى المجتمعات البدائية ، فكانت أغلب القواعد

---

(١) حكم الدائرة المدنية للنقض الفرنسى ، ٢٨ نوفمبر ١٩٨٥ ، سابق الإشارة إليه .

(٢) حكم الدائرة الاجتماعية للنقض الفرنسية ، ٢٤ مارس ١٩٥٨ ، الأسبوع القانونى ، ح٢/١٠٨٦٦ ، تعليق كاربونييه .

(٣) أنظر القانون والدين ، موسوعة فلسفة القانون ، ١٩٩٣،٣٨ .

C.Duvert, Droit et religion (s) genèse et devenir d'un rapport meconnu R.R.J.1996.p.737.

B.Tierney, Rreligion et droit dans ledeveloppement de la pensée constitutionnelle, combridge. 1982.

ترجمه إلى الفرنسية ، دار النشر PUF / ١٩٩٣ .

القانونية مستمدة من الدين ، وكانت سلطة القضاء فى يد رجـــال الديــن ثــم انفصل القانون عن الدين ، بحيث استقل كل منـــهما بقواعــد متمــيزة عــن الأخرى[1] .

وحقيقة الأمر أن قواعد الدين أوسع نطاقا من القواعد القانونية . فــالأولى تنظم علاقة الإنسان بخالقه فى أمور العقيدة ، وعلاقته بنفســـه فيمــا يتعلــق بالفضائل ، وعلاقته بغيره فيما يتصل بالمعاملات . بينما لا ينظم القـــانون - فيما رأينا - سوى علاقة الإنسان بغيره فى المجتمـــع .. ولا شــأن للقــانون بعلاقة الإنسان بربه ، ولا بعلاقته بنفسه . وبعبارة أخرى لا تشترك القواعـــد القانونية بالدين إلا فى المعاملات . أى المسائل التى تنظم علاقات الفرد مــــع غيره ..

كما تتميز قواعد القانون عن قواعد الدين حتى فى النطاق الذى يشــتركان فيه ، من حيث أن الجزاء فى الأولى دنيوى حال ، توقعه السلطة العامة عنــد الاقتضاء. وفى الثانية مؤجل إلى ما بعد الوفاة يوقعه الله . ما لم تندمج القــاعدة الدينيـــة بالقاعدة القانونيـــة ، فيصبح لها جزاءان ، أحدهما فى الدنيا، والآخــر فى الآخرة على النحو الذى انتهينا إليه آنفا .

---

(١) لاروميه ، ص٢٨ ، بند ٥١ وبند ٥٤ .

ونلفت النظر بأن الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الدين ، لا يعني بالضرورة أنهما متعارضان . فأغلب الأفعال التى يحرمها القانون بما فى ذلك القتل ، والسرقة ، وخيانة الأمانة ، وعدم الوفاء بالعهد المقطوع ، يحرمها الدين .

كما أن بعض المجتمعات لا تزال تترك للدين تنظيم علاقات الأسرة ، كما هو الحال فى مصر ، فقواعد الزواج ، والطلاق ، والحضانة ، والرضاعة ، والنفقة ، وغيرها من مسائل الأسرة ، تستمد جذورها من الدين على ما سنرى تفصيلا .

ثالثا- القواعد القانونية ، ومبادئ الأخلاق : Droit et morale

٣٣-الأخلاق La morale : مجموعة القواعد التى تحض على الخير ، وتنهي عن الشر ، وتنحو إلى تحقيق المثل الأعلى لخير الإنسانية [١] بما فى ذلك الوفاء بالعهد ومساعدة الضعفاء ، والنهى عن الكذب ، وعدم الاعتداء على الغير .. ونحو ذلك .

---

(١) سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧، ص ٢١ ، لاروميه ، مرجع وموضع سابقين.

وتتفق قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية من حيث أنهما ينظمان السلوك الاجتماعى للأفراد ، كما أن الأولى ، كالثانية ملزمة تقترن بجزاء يوقع على من يخالفها إلا أنهما فيما عدا ذلك مختلفان من حيث الغاية ، وطبيعة الجزاء ، والنطاق ، ومدى الوضوح والتحديد على النحو الآتى بيانه :

أ- من حيث الغاية :

تختلف قواعد القانون عن قواعد الأخلاق من حيث الغاية التى تهدف إليها. فالقانون فيما رأينا يهدف إلى حفظ النظام والاستقرار للمجتمع[1] ، فيما الأخلاق مثالية تنحو إلى الكمال فتحض على الفضائل ، وتنفر من ارتكاب الرذائل لذا ، فالأخلاق تتخذ من الشخص المثالى نموذجا لقواعدها . فيما تكتفى القواعد القانونية بمعيار الشخص العادى .

ب- من حيث نطاق كل منهما :

قواعد الأخلاق ، أوسع نطاقا من قواعد القانون فالأولى تشمل أعمال الناس الباطنة (النية ، أو الضمير) والظاهرة " السلوك " على السواء بينما لا يهتم القانون إلا بالسلوك الاجتماعى أو علاقة الإنسان بغيره .

---

(١) لاروميه ، ص٣٠ ، بند ٥٦ .

وعلى ذلك ، فثمة قواعد أخلاقية لا شأن للقانون بها مثل البخل، والحقد ، والنميمة أو الحسد . وثمة قواعد قانونية لا دخل لها بالأخلاق إطلاقا بما فـي ذلك تشريعات الضرائب ، وقواعد التنظيم السياسي للدولـة ، وقوانيـن قيـد المواليد والوفيات والشهر العقارى ....إلخ .

وفضلا عن ذلك ، فالقانون يتعارض مع مبادئ الأخـلاق فـي بعـض المسائل لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة . ومن ذلك مثلا ، أن الدين طبقـا لمبادئ الأخلاق لا يبرأ إلا بالوفاء أو بالإبراء ، بينما لا يكون للدائـن - فـي القانون - الحق في مطالبة المدين بالدين إذا مضت خمس عشرة سـنة مـن تاريخ استحقاقه .

كما أن القانون يحول الغصب فى حيازة العقارات لمدة معينة إلى حـق ، بما يتعارض مع مبادئ الأخلاق .

جـ - من حيث الوضوح ، أو التحديد :

تتميز قواعد القانون بالوضوح والتحديد ليسهل معرفتها ، وتطبيقها أمـا قواعد الأخلاق ، فهى بطبيعتها تستعصى على التحديد ، فهى مشاعر داخليـة مستقرة في ضمير الأفراد ، وبذا فهى نسبية تختلف من شخص لآخر ، ومـن مجتمع لآخر[1] .

---

(١) لاروميه ، ص٢٨ ، بند ٥٠ وما بعده .

د – من حيث الجزاء :

لما كانت الأخلاق نهتم بما يكمن فى النوايا ، أو الضمير ، فإن الجـــزاء المترتب على مخالفة قواعدها نفسى ، أو شخصى يتمثل فى الشعور بـــالذنب ، وتأنيب الضمير أما قواعد القانون ، فالقصد منـــها إقامـــة نظـــام المجتمـــع ، والمحافظة على استقراره ، لذا فالجزاء المترتب على مخالفتها جزاء مـــادى ، تتولى تطبيقه السلطة العامة المختصة عند الاقتضاء[1] .

وبرغم الاختلاف بين القواعد القانونية ، وقواعد الأخلاق ، فإننا نـــرى أن أغلب قواعد القانون ، مصدرها الأخلاق بما فى ذلك احترام العهد المقطـــوع ، وتنفيذ الالتزام التعاقدى على وجه يتفق وشرف التعـــامل ومقتضيـــات حســـن النية . وقاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يضر بغيره ، ولا يجوز للإنســـان أن يثرى على حساب الغير دون سبب وعدم جواز التعسف فى استعمال الحق .

كما أن القانون يبطل الاتفاقيات المنافية للأخلاق ، بما فى ذلك مثلا أنـــه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كـــان العقـــد بـــاطلا – (م١٣٥ من القانون المدنى). وإذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العـــام ، أو الآداب ، كان العقد باطلا (م١٣٦ من القانون المدنى) . وعلى هذا الأســـاس

---

(١) ومع ذلك ، لاروميه ، ص٢٣ ، بند ٣٧ .

فإن الاتفاقات على المقامـــرة والرهان ، أو على إقامة علاقات غير مشـــروعة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا .

وفى كل الحالات ، فإن المشرع يستلهم فى صياغـــة القواعـــد القانونيـــة مبادئ الأخلاق . وكلما تطورت الإنســـانية ، ضـــاقت الـــهوة بيـــن القـــانون والأخلاق بأن تتحول القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية [1].

---

(١) البدراوى ، ص٤٨ ، بند ٢٦ .

الباب الأول

تقسيم القانون وأنواع القواعد القانونية

خطة الدراسة : -

٣٤-تنقسم القواعد القانونية إلى عدة أقسام بحسب الأساس الذى يقوم عليه كل قسم . فمن حيث مدى قوة الإلزام فيها ، تنقسم إلى قواعد آمرة ، وقواعد مكملة .

ومن حيث الهدف من القاعدة القانونية تنقسم إلى قواعد موضوعية ، وقواعد إجرائية. وتنقسم القواعد الموضوعية بدورها ، بالنظر إلى أطراف العلاقة القانونية إلى قواعد قانون عام ، وقواعد قانون خاص .وتنقسم الأنظمة القانونية ذاتها بالنظر إلى مصادر القانون إلى نظامين كبيرين هما : النظام اللاتينى والنظام الأنجلو سكسونى .

٣٥-وعليه نوزع دراستنا فى تقسيم القانون ، وأنواع القواعد القانونية على فصول ثلاث كالآتى :

الفصل الأول : تقسيم القواعد القانونية من حيث مدى الإلزام **(القواعد الآمرة والقواعد المكملة)** .

الفصل الثانى : تقسيم القواعد القانونية من حيث الهدف منها (القـــانون الموضوعى ، والقانون الإجرائى) .

الفصل الثالث : تقسيم الأنظمة القانونية بـــالنظر إلـــى مـــصدر القـــاعدة القانونية إلى القانونين اللاتينى والأنجلو سكسونى .

الفصل الأول

تقسيم القواعد القانونية من حيث مدى الإلزام

(القواعد الآمرة والقواعد المكملة)

Regles imperatives et Regles Supplétive

٣٦-نحدد بداية معنى القواعد الآمرة والمكملة ، ثم نتناول معيار التفرقة بينهما على النحو الآتي بيانه :

أولا- تعريف القواعد الآمرة والمكملة :

٣٧-نسارع إلى التنويه، بأن قواعد القانون كلها ملزمة ، ومع ذلك تنقسم قواعد القانون بحسب مدى قوة الإلزام فيها إلى قواعد آمرة ، وقواعد مكملة .

أما **القواعد الآمرة** ، فهى قواعد يجب الالتزام بها دائما ، وبصفة مطلقة وبعبارة أخرى ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها ، وإلا وقع الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا ، أى كأنه لم يكن . ومثال ذلك ، فى نطاق القانون العام ، القاعدة القانونية التى تحرم القتل ، قاعدة آمرة يجب الانصياع لحكمها بصورة دائمة ، ومطلقة فإذا وقع اتفاق بين شخصين على أن يقوم أحدهما بقتل الآخر فهو اتفاق باطل، ولا أثر له ولا يحول دون توقيع العقوبة الجنائية على القاتل،

حتى ولو كان الاتفاق على القتل بدافع الرحمة ، أو الشفقة على المجنى عليه ، لتخليصه من عذاب المرض مثلا. وكذلك ، الحال بالنسبة لسائر القواعد التـــى تحرم السرقة، والضرب ، وخيانة الأمانة .. .. ونحو ذلك .

ومن أمثلة القواعد الآمرة فى القانون المدنى ، القاعدة التـــى تحظـــر أن يكون محل العقد ، أو سببه مخالفا للنظام العام – والقاعدة التى تحظـــر علـــى القضاة ، وأعضاء النيابة ، والمحامين ، والكتبة ، والمحضرين شـــراء الحـــق المتنازع فيه كله ، أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخـــل ولايـــة الجهـــة القضائية التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م٤٧١ مدنى) والقـــاعدة التـــى تحرم على المحامين التعامل مع موكليهم فى الحق المتنازع فيه ، والموكـــول إليهم الدفاع عنه (م٤٧٢ مدنى) . والقاعدة التى تحظر تقاضى فوائـــد تزيـــد على ٧% (م٢٢٧ مدنى) والقاعدة التى تقضى بعدم جواز احتفاظ البائع عنـــد البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وإلا وقع البيـــع بـــاطلا (م٤٦٥ مدنى) .

أما القواعد المكملة ، فهى القواعد التى يجوز الاتفاق على مـــا يخـــالف أحكامها فإذا لم يتفق أطراف العلاقة التعاقدية على حكم مخالف لـــها ، كـــانت قواعد ملزمة ، ومثال ذلك القاعدة التى تقرر أن للبائع تسليم المبيع للمشـــترى

بحالته التى كانت عليها وقت البيع (م٤٣١ مدنى) قـاعدة مكملـة ، يجـوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، بتشديد التزام البائع مثلا بتسليم المبيـع بحالـة ممتازة، لا بحالته وقت البيع . فإذا لم يقع مثل هذا الاتفـاق . تعيـن التسـليم بالحكم الوارد بالنص بحيث يلتزم البائع بتسليم المبيع بحالته التى كان عليـها وقت البيع .

والقاعدة التى تقضى بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى يسلم فيه المبيع (م٤٥٦ مدنى) قاعدة مكملة بحيـث يكـون لأطـراف العلاقـة التعاقدية الاتفاق على حكم مخالف لها ، كأن يكون الثمن مستحق الوفاء فـى موطن البائع ، أو فى موطن المشترى فإن لم يوجد مثل هذا الاتفـاق ، تعيـن تطبيق الحكم الوارد بالنص ويعتبر أيضا قواعد مكمل، النص بأن ثمن المبيـع، يدفع فى وقت تسليمه (م٤٧٥ مدنى) .

والقاعدة التى تقضى بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغـة ، والتسـجيل تكون على المشترى (م ٤٦٢ مدنى) .

ونخلص مما تقدم إذن أن القواعد الآمرة تنطبق سواء وجد اتفـاق علـى خلافها ، أو لم يوجد بينما لا تنطبق القواعد المكملة إلا فى حالة عدم الاتفـاق على ما يخالف أحكامها .

وبعبارة أخرى، فالقواعد المكملة ، كالآمرة ملزمة ، وليس هناك اختلاف بينهما فى الإلزام ذاته ، فكل منهما قاعدة قانونية ، والقواعد القانونية ملزمة بطبيعتها . ولكن الاختلاف بينهما فى مدى ، أو فى درجة الإلزام .

صفة الإلزام فى القواعد المكملة :

٣٨-رأينا بأن أحد أهم خصائص القاعدة القانونية أنها ملزمة obligatoire. ولما كانت القواعد المكملة فيما أشرنا قواعد قانونية فإنها تكتسب صفة الإلزام، أى أن هذه القواعد ليست اختيارية ، يمكن للأفراد استبعادها من حكم علاقاتهم مع عدم وضع تنظيم آخر غيرها ، بل لا يمكن استبعادها إلا بالاتفاق على تنظيم آخر غيرها . فإذا كانت القواعد المكملة ملزمة على النحو الذى بسطناه ، فإن التساؤل يثور بصدد حقيقة الإلزام فى القواعد المكملة مع إمكانية خروج المتعاقدين عليها باتفاقاتهم الخاصة ؟ والواقع أن إمكانية الاتفاق على حكم يخالف القواعد المكملة لا يجوز أن يثير الشك حول إلزاميتها ، فهى ملزمة ، شأنها شأن القواعد الآمرة . ولكن الإلزام فيها مشروط بعدم وجود اتفاق مخالف .

وبعبارة أخرى ، إذا وجد هذا الاتفاق ، فإن القواعد المكملة لا تنطبق ، ليس لأنها غير ملزمة ، ولكن لأن شروط انطباقها لم تكتمل .

وقد اتجه البعض [1] فى تفسير ذلك إلى القول بأن القواعد المكملة تمر عدد تطبيقها بمرحلتين : الأولى ، قبل الاتفاق على حكم مخالف لها ، فتكون تخييرية أو غير ملزمة . والثانية ، هى المرحلة اللاحقة لهذا الاتفاق فتكون ملزمة ، إذا لم يستعمل الأفراد الرخصة التى يقررها القانون من إمكانية الخروج عليها باتفاقهم. فهى غير ملزمة ابتداء ، وملزمة انتهاء. وهو رأى لا يمكن قبوله إذ كيف تكون القاعدة الواحدة غير ملزمة ، وملزمة فى آن واحد مع أنها لم تتغير [2] .

كما أن القول بوجود قواعد قانونية غير ملزمة ، يخلط بين القواعد القانونية ، وغيرها من القواعد الأخرى التى تنظم السلوك الاجتماعى للأفراد .

وحقيقة الأمر أن القواعد المكملة قواعد ملزمة ابتداء ، وانتهاء شأنها فى ذلك شأن القواعد الآمرة ، ولكنها لا تنطبق إلا إذا اكتملت شروط تطبيقها، ومنها وأهمها عدم وجود اتفاق مخالف . فإذا تحقق هذا الشرط انطبق حكم القاعدة ، أما إذا لم يتحقق هذا الشرط ، فلا تنطبق القاعدة ليس لأنها غير

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٧ ، ص٣٥ ، بند ٢١، تناغو ، ص٨٦ ، بند ٢٩ .

(٢) فى تفنيد الرأى المذكور : مرقس ، مرجع وموضع سابقين ، حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ١٩٧١ ، ص٤ وما بعدها .

ملزمة . وإنما لعدم توافر شروط تطبيقها .

وبعبارة أخرى ، فإن الإلزام فى القواعد المكملة مشروط ، بعدم وجـــود اتفاق يخالفها . وغير مشروط فى القواعد الآمرة . والشـــرط ، فـــى القـــاعدة المكملة لا يتعارض ، فيما ذكرنا ، مع صفة الإلزام فيها .

فإذا سلمنا، بأن القـــواعد المكملة كالآمرة ملزمة ، والاختلاف بينهما فقط فى مدى الإلـــزام أو درجته . فإن التساؤل الذى يتبادر إلى الذهـــن عن العلـــة التى جعلت بعض قواعد القانون آمرة ، أى ملزمة بصفـــة مطلقـــة وبعضـــها الآخر مكملة ،لا تنطبق إلا بشرط هو عدم وجود اتفـــاق مخـــالف ؟ وحقيقـــة الأمر أن طبيعة العلاقات التى تنظمها القواعد القانونية تستتبع بـــالضرورة أن يكون تنظيم المشرع لها أمرا ، لأنها تتصـــل بكيـــان المجتمـــع ، ومصالحـــه الأساسية. ويضرب الفقه مثلا على ذلك ، بعلاقات الأســـرة ، وهـــى الخليـــة الأولى فى المجتمع ، لذا حرص المشرع على أن يأتى تنظيمه لـــهما بقواعـــد آمره ، لا يصح الاتفاق على ما يخالف أحكامها ، بما فـــى ذلـــك الـــزواج ، والطلاق ، والنفقة ، والرضاعة ، والحضانة ... ونحو ذلك .

فإذا كانت طبيعة العلاقة لا تتصل بكيان المجتمع ، أو أغلب أفـــراده ، أو تهم مصالح خاصة ، كان تنظيم المشرع لها بقواعد مكملة ذلك أن موضـــوع

العلاقة يهم الأفراد أنفسهم ، وهم الأقدر على تدارك مصالحهم . فتقــوم هــذه القواعد بتكملة النقص فى الاتفاق ، بحيث إذا لم يتم الاتفاق على حكم آخــر ، تعين الالتزام بما ورد فى القاعدة . لذا سميت بالقواعد المكملة .

ثانياً- معيار التمييز بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة :

٣٩-إذا كان الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة ، يعتبر بــاطلا بطلانــا مطلقا ، بينما يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة . فإن التســاؤل عــن معيار التمييز بين نوعى القواعد يصبح مهما، لمعرفة ما إذا كان الاتفاق باطلا أو صحيحا . وهناك معياران للتمييز بين نوعى القواعد. المعيار الأول شكلى، أو لفظى لأنه يستند إلى عبارات النص ذاته . والثانى معيــار موضوعــى أو معنوى يقوم على التعرف على طبيعة التنظيــم الــذى جــاءت بــه القــاعدة وموضوعه . وتفصيل ذلك على النحو التالى :

١ : المعيار الشكلى أو اللفظى :

٤٠-يستمد هذا المعيار ، من عبارات وألفاظ القاعدة ، لذا سمى بالمعيــار اللفظى. وفيه، إذا أفصح المشرع صراحة عن قصــده فــى تحريــم الاتفــاق المخالف لحكم القاعدة ، كانت آمرة، فإذا تضمن النص ما يفيد جواز الاتفــاق

على مخالفته ، كانت القاعدة مكملة. ومثال القواعـــد الآمـــرة ، طبقـــا لـــهذا المعيار، ما يلي :

" لا يجوز للقضاة ، ولا لأعضاء النيابة ، ولا للمحـــامين ، ولا لكتبـــة المحاكم ، ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ، ولا باســـم مســتعار الحــق المتنازع فيه ، كله ، أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصـــاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع بـــاطلا . (م٤٧١) فألفاظ النص قاطعة في الدلالة على أن القاعدة آمره .

وكذا ، ما ورد بالمادة ٢/٢٢٢ مدني ،بأنه لا يجوز الحكم بتعويـــض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جــــراء مـــوت المصاب .

والنص بالمادة ١/١٠٣١مدني بأنه لا ينعقد الرهـــن إلا إذا كـــان بورقـــة رسمية. والنص بالمادة ١/٥١٥ مدني على أنه إذا اتفق على أن أحد الشـــركاء لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها ، كان عقد الشركة باطلا .

ولا ريب بأن استخدام عبارات من نوع ... وإلا وقع البيع بـــاطلا ، أو لا يجوز ، أو لا ينعقد ، تقطع في اعتبار القاعدة آمره .

كما يستدل على القواعد الآمرة ، أن تقترن بجزاء جنائي . بمعنى أنه إذا

ورد النص وقرر جزاء جنائيا على مخالفة حكمه ، كـــانت القـــاعدة آمـــره .
ومثال ذلك بعض قواعد قانون العمل ، تقترن بجزاء جنائى يوقع على صاحب العمل أو العامل عند مخالفة الحكم الوارد بها . فتعتبر لذلك قواعد آمره .

ومن أمثلة القواعد المكملة ، أخذا بالمعيار الشكلى ، ما يلى :

يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجـــد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك (م٤٥٦ /١ مدنى) .

والنص على أنه المؤجر يتعهد العين المؤجرة الصيانة ... ما لم يقضـــى الاتفاق بغيره (م٥٦٧/ مدنى) .

والنص على أنه لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كل منهم مـــن ديـــون الشركة ما لم يتفق على خلاف ذلك (م٥٢٤ / مدنى) .

فهذه النصوص تقطع بإمكانية الخروج عليها باتفاق الأطراف .

٢- المعيار الموضوعى (النظام العام ، أو الآداب) :

٤١-مشكلة التمييز بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة تتضح جلية إذا لم ترد عبارات النص وألفاظه قاطعة أو صريحة فى الدلالـــة عمـــا إذا كـــان يتضمن قاعدة آمرة،أو قاعدة مكملة. فينبغى عندئذ، الأخذ بالمعيار الموضوعى

الذى يقوم على النظر إلى الأساس الذى انبنى عليه الحكم الوارد بالنص . أى بحسب ما إذا اتصل النص بكيان المجتمع أو مصالحه الأساسية فيما يسمى بالنظام العام ، أو الآداب أو لم يتصل . وفى الحالة الأولى ، تكون القواعد آمرة ، وفى الثانية تكون مكملة . وبعبارة أخرى ، فكل ما يتعلق بالنظام العام أو الآداب من قواعد آمرة ، وما لا يتعلق بهما من القواعد المكملة .

لكن التساؤل يثور عن المقصود بالنظام العام والآداب ؟ ونبادر إلى التنويه – فى البداية – بصعوبة القول بتعريف محدد للنظام العام ، والآداب فالفكرة نسبية ، تختلف من مجتمع لآخر بل تختلف فى المجتمع الواحد من زمن لآخر. والقدر المتيقن أن النظام العام ، مجموعة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التى يقوم عليها مجتمع معين فى وقت محدد. أما الآداب فيقصد بها الأساس الخلقى الذى يرتكز عليه نظام المجتمع .

قلنا أن النظام العام أو الآداب ، نسبية تختلف من مجتمع لآخر ،ومثال ذلك ، تعدد الزوجات فى مصر بالنسبة للزوج المسلم ، تعتبر قاعدة من النظام العام،بحيث يقع الاتفاق على مخالفتها باطلا بطلانا مطلقا.بينما يعتبر زواج الرجل بأكثرمن زوجة جريمة يعاقب عليها القانون فى تشريعات الدول الغربية .

كـذا ، فإن للمسلم إيقـاع الطلاق بإرادته المنفردة ، كانت تعتبر قـاعدة مخالفة للنظام العام فى مصر ، قديما، وفى الوقت الحالى ، غير مخالفة للنظـام العام، وكذا الحال بالنسبة للتأمين على الحياة كان مخالفا للنظام العام فى مصـر قديما، والآن أصبح مشروعا .

بقى أن نوضح بأن أغلب قواعد القانون العام من النظام العـام لاتصـال قواعد هذا القانون بنظام الدولة من النواحى السياسية والدستورية ، والإداريـة، والمالية . بينما يختلف الأمر فى نطاق القانون الخاص . فبينما نرى أن أغلـب قواعد الأحوال الشخصية " نظام الأسرة " من النظام العام بحيث يقع الاتفـاق على ما يخالفها باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لتعلق هذه القواعد بالأسرة، وهـى الخلية الأساسية للمجتمع . نرى بأن فكرة النظام العام فى نطـاق المعـاملات المالية أقل نطاقا . فيأتى أغلبها كقواعد مكملة لإرادة أطراف العلاقة التعاقديـة لتعلقها بمصالح خاصة. فيما عدا القواعد الخاصة بشكل التصرفات القانونيـة ، أو بحماية أحد أطراف العلاقة التعاقدية ، أو القواعد المنظمة للائتمان العـام . وتفصيل ذلك على النحو الآتى :

أ- النظام العام وروابط الأحوال الشخصية :

٤٢-قلنا أن الأحوال الشخصية ، المسائل المتعلقة بنظام الأسرة ، وحالة

الشخص وأهليته . وقد جاء تنظيم المشرع لهذه المسائل آمر ، لاتصالها بكيان المجتمع. ومن ذلك نصوص الزواج ، والطلاق ، والحضانة ، والولاية. كما أن حالة الشخص وأهليته لم يتركها المشرع للاتفاقات الخاصة بل أورد لها تنظيما آمرا ، فنصت م٤٨ من القانون المدنى على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها" . وقبلها نصت م٤٥ على أنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز " ونصت م٤٦ على أن " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " (١).

ب- النظام العام والروابط المالية :

٤٣- قدمنا بأن المشرع ترك تنظيم المعاملات المالية لاتفاقات الأفراد ، فجاءت أغلب قواعدها مكملة ... ومع ذلك ، فقد رأى المشرع أن بعض مسائل الروابط المالية يتصل بأساس المجتمع وكيانه الاجتماعى والاقتصادى، فلم يتركها لاتفاقات الأطراف ، ونظمها بقواعد آمره ومن ذلك القواعد المنظمة للشكلية فى بعض العقود . فنصت المادة ١٠٣١ من القانون المدنى

---

(١) فى معنى الأحوال الشخصية ، أحمد الزقرد ، الوجيز فى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، ٢٠٠٢ ، ص٦٠ .

على أن الرهن لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية . فضلا عن القواعد الخاصة بحماية أحد المتعاقدين " الطرف الضعيف " فى عقد العمل ، وحماية المتعاقد فى عقود الإذعان . وأخيرا فإن القواعد المنظمة لحق الملكية ، قواعد آمرة .

سلطة قاضى الموضوع فى تحديد النظام العام والآداب العامة :

٤٤-إنتهينا إلى أن النظام العام والآداب العامة مسألة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر ، وفى داخل المجتمع الواحد، من زمن إلى آخر كما أنها فكرة مرنة، تتطور بتطور حاجات المجتمع ، وظروفه . والمهم أنه لا يمكن حصر المسائل التى تتعلق بالنظام العام والآداب العامة ويمكن لقاضى الموضوع ، الفصل فى المسائل المعتبرة من النظام العام والآداب العامة ، بالنظر إلى المقومات الأساسية للمجتمع وهذه مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض وبذا ، لا يجوز لقاضى الموضوع ، تطبيق معاييره الخاصة ولا معتقداته الشخصية ، فى تحديد المسائل المعتبرة من النظام العام ، والآداب العامة .

الفصل الثانى

تقسيم القواعد القانونية من حيث الهدف منها

(القانون الموضوعى ، والقانون الإجرائى)

تمهيد :

٤٥-يمكن تقسيم القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقات التى تحكمها إلى قواعد موضوعية ، تحدد الحقوق ، والواجبات ومصادرها ، ,آثارها ، وانتقالها وانقضائها. وقواعد قانونية إجرائية لا تقوم بتنظيم العلاقات القانونية، بل ترسم الإجراءات التى يجب اتباعها لأجل احترام القواعد الموضوعية وحماية الحقوق التى تنظمها ، ومثال الأولى ،قواعد القانون المدنى ، والقانون التجارى ، والقانون الدولى العام ، والقانون الإدارى ... الخ . ومثال الثانية ، قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدولى الخاص ، وقانون الإجراءات الجنائية[١] .

٤٦-ونعرض بداية للقانون الإجرائى ، ثم للقانون الموضوعى على النحو الآتى بيانه :

---

(١) أنظر : Grua, les division du droit .R.T.D. civ – 1993.

المطلب الأول

القانـــون الإجرائى

٤٧-مجموعة القواعد التى ترسم الإجراءات التى يتعين اتباعـــها لأجـــل ضمان وحماية القواعد الموضوعية وأهم فروع القانون الإجرائى ، تتمثل فـــى قانون المرافعات المدنية والتجاريـــة والقـــانون الدولـــى الخـــاص ، وقـــانون الإجراءات الجنائية [1].

ونتناول كل منهم فيما يلى :

١- قانون المرافعات المدنية والتجارية

Droit de procedure civiles et commercial

٤٨-قانون المرافعات ، هو مجموعة القواعد التى تنظم سير الخصومة ، أو التى ترسم إجراءات سير التقاضى على الحقوق الخاصة .

ويتناول قانون المرافعات عدة مسائل ، تهدف فى جملتها ، إلى ضمـــــان تطبيق القوانين المدنية ، والتجارية لذا ســـــمى بقـــانون المرافعـــات المدنيـــة والتجارية . فهو قانون إجرائى لا غنى عنه لتطبيق القواعد الموضوعية فـــى القانون الخاص .

---

(١) لاروميه ، ص٤٧ ، بند ٨٢ .

لذا فإن أهم المسائل التى يتناولها قانون المرافعات[1] بيـــان الإجـــراءات التى يجب اتباعها عند المنازعة ، أو عند الاعتداء على حـــق مـــن الحقـــوق الخاصة بداية من رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة، إلـــى حيـــن صـــدور الحكم فى الدعوى، وتنفيذه ، فيبين كيفية إعلان الخصوم ، وتحديد موعد لنظر الدعوى ، وتقديم الطلبات ، وسماع الشهود ، وتقديم المستندات . ثـــم طـــرق الطعن فى الحكم ، إذا كان قابلا للطعن فيه ثم كيفية تنفيذ الأحكام ، والســـندات الرسمية ، بما ذلك القواعد الخاصة بحجز المنقولات ، وحجز ما للمدين لـــدى الغير ، والتنفيذ على العقار .

(٢) كما يشتمل قانون المرافعات المدنية والتجارية على نصوص تتعلق بنظـام القضاء ، ببيان أنواع المحاكم ، وكيفية تشكيلها ، وحـــدود اختصاصـــها ، كما يحدد حقوق وواجبات القضاة ، وقواعد تعيينهم وترقيتهم ، ونقلـــهم ، وعزلهم .

ويبين مما تقدم أن قواعد قانون المرافعات لا تقرر حقوقا ، ولا تفهـــرض التزامات على الأفراد ، أنه يشتمل على قواعد شكلية أو إجرائيـــة ، لضمـــان حماية الحقوق، والتى تقررها القواعد الموضوعية فى نطاق القانون الخـلص .

---

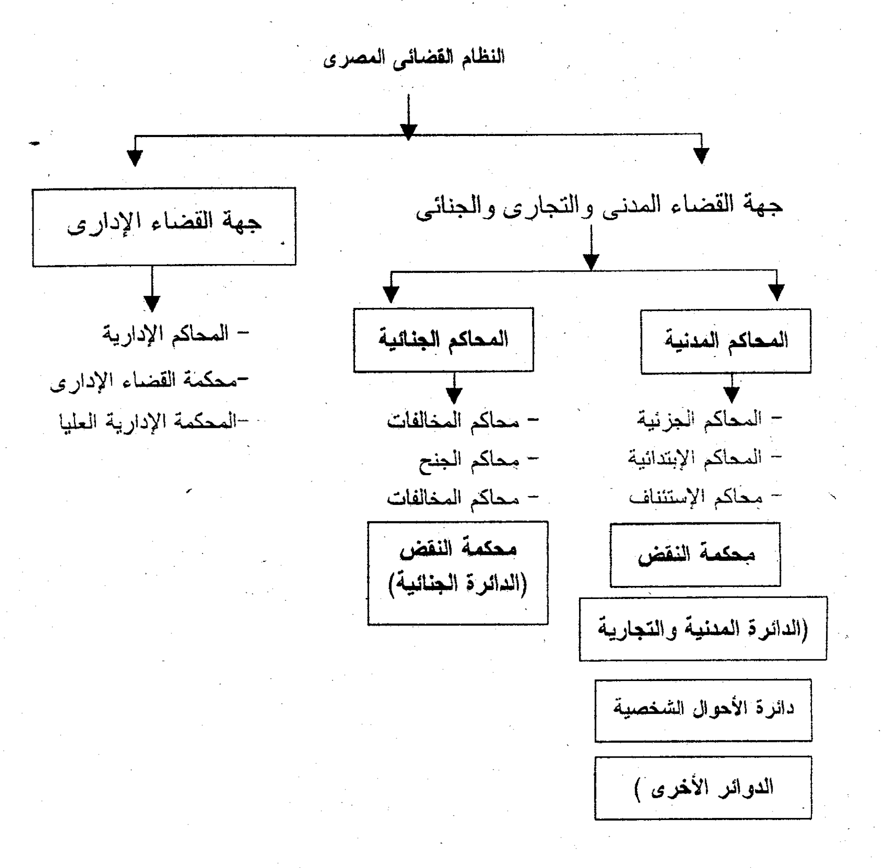
(١) حسن كيره ، أصول القانون ، ط٢ ، ص ١٠٠ وما بعدها .

وأغلب قواعده آمره، لتعلقه بتنظيم مرفق عام هو القضاء ، وإن اشـــتمل مــع ذلك على قواعد مكملة ، مثل قواعد الاختصاص المكانى للمحاكم[1] .

بقى أن توضح أن تعلق قانون المرافعات بالسلطة القضائية ، وهى إحـدى السلطات الثلاث فى الدولة ، دفع البعض للقول بأنه فرع من فـــروع القـــانون العام ، بينما يرى البعض الآخر بأنه مختلط بين قواعد القانون العام " تنظيـــم السلطات القضائية " والقانون الخاص " بتحديده لإجـــراءات حمايـــة الحقـــوق الخاصة . وفيما يلى بيان بالنظام القضائى المصرى .

---

(١) وانظر لاروميه ، ص٥٤ ، بند ٩٤ .


النظام القضائى المصرى
جهة القضاء المدنى والتجارى والجنائى
جهة القضاء الإدارى
المحاكم المدنية
المحاكم الجنائية
- المحاكم الإدارية
-محكمة القضاء الإدارى
-المحكمة الإدارية العليا
- المحاكم الجزئية
- المحاكم الإبتدائية
- محاكم الإستئناف
- محاكم المخالفات
- محاكم الجنح
- محاكم المخالفات
محكمة النقض
(الدائرة الجنائية)
محكمة النقض
(الدائرة المدنية والتجارية
دائرة الأحوال الشخصية
الدوائر الأخرى)

٢ - القانون الدولى الخاص

٤٩- القانون الدولى الخاص ، مجموعة القواعد التـــى تبيـــن القـــانون الواجب التطبيق ، والمحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات الناشـــئة عـــن العلاقات ذات العنصر الأجنبى . أو ما يسمى بالمعاملات الدولية(١) .

فالقانون الدولى الخاص إذن لا يتعلق ســـوى بالعلاقـــات ذات العنصـــر الأجنبى بمعنى أنه إذا أبرم عقد بيع بين بائع مصرى ، ومشـــترى مصـــرى ، والمبيع فى مصر ، فلا شأن للقانون الدولى الخاص بهذه المســـألة . أمـــا إذا اتفق مصرى ، وأمريكى على بيع بضائع فى ميناء مرسيليا ، بفرنسا مثـــلا ، فإن التساؤل يثور بصدد المحكمة المختصة بنظر النزاعات التى قد تنشأ عـــن عقد البيع ، والقانون الواجب التطبيق على النزاع . ذلك أن العلاقـــة ليســـت وطنية فى جميع عناصرها. لذا ، فإن قواعد القانون الدولى الخـــاص ، هـــى التى تحدد المحكمة المختصة ، والقانون الواجب التطبيق على المنازعة .

القانون الدولى الخاص يشتمل على مجموعتين مـــن القواعـــد الأولـــى ، وتسمى بقواعد تنازع الاختصاص القضائى ، أى التى تحدد المحاكم المختصة

---

(١) لاروميه ، ص٥٨ ، بند ١٠٢ . .

بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى[1].

والثانية ، قواعد تنازع القوانين ، أى التى تبين القانون الواجب التطبيق من بين قوانين الدول المختلفة فى العلاقة ذات العنصر الأجنبى .

ويتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص ليست قواعد موضوعية بل قواعد شكلية ، أو إجرائية ، شأنها فى ذلك شأن قانون المرافعات . ذلك أنها لا تفصل فى المنازعة ذات العنصر الأجنبى وإنما تقتصر وظيفتها على تحديد ما إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاص المحاكم الوطنية أم لا؟ وفى الحالة الأولى ، فما هو القانون الواجب التطبيق ؟ أما حكم المنازعة ذاته ، فطبقا لما يشير إليه القانون الذى ينطبق عليها .

وفضلا عما تقدم ، فقد جرى الشراح على إدخال طائفتين من القواعد الموضوعية ضمن نطاق القانون الدولى الخاص هما : الجنسية والقواعد التى تحدد مركز الأجانب فى الدولة . ويقصد بالأولى ، مجموعة القواعد التى تحدد من هو الوطنى ومن هو الأجنبى ، أما الثانية فهى تحدد حقوق الأجنبى وواجباته والقانون الدولى الخاص فرع من القانون الخاص لأنه ينظم علاقات خاصة بين الأفراد ، وهو فى ذلك يختلف عن قواعد القانون الدولى العام .

---

(١) وعند لاروميه أنها: Les règles materielles et les rêgles de conflits – les: règle natioales et les règles internationales.

٣- قانون الإجراءات الجنائية

Droit d'instruction criminelle

٥٠- هو مجموعة القواعد التى تبين كيفية تشكيل المحاكم ، وتحدد اختصاصات كل منها ، والإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع الجريمة ، إلى حين تنفيذ الحكم على الجانى . وتضم على وجه الخصوص :

- إجراءات الاستدلال والتحرى ، أى جمع أدلة الجريمة بهدف التعرف على الجانى .

- إجراءات التحقيق مع المتهم ، تمهيدا لإحالة الدعوى إلى المحكمة أو التقرير بعدم وجود وجه لإقامتها. ومن ذلك مثلا القبض على المتهم ، واستجوابه أو سماع أقوال الشهود ، وتفتيش المنزل .

- إجراءات إصدار الحكم الجنائى ، والطعن فيه من قبل النيابة العامة والجانى ، والمواعيد المحددة لذلك ..

- وأخيرا إجراءات التنفيذ العقابى .

ومن ذلك يتضح بأن قانون الإجراءات الجنائية قانون إجرائى ، يهدف إلى إعمال حكم القواعد الموضوعية المنصوص عليها فى قانون العقوبات .

المطلب الثانى

القانون الموضوعى

٥١-إذا كانت قواعد القانون الإجرائى تتضمن وسائل لحماية الحقوق الناشئة عن العلاقات القانونية أى عن القانون الموضوعى. فإن الأخير ينقسم بحسب أطراف العلاقات التى ينظمها إلى قسمين كبيرين هما القانون العام ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفا فيها ، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة . والقانون الخاص ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم .

وتتعدد فروع القانون العام ، فتشمل القانون الدولى العام ، والقانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، وقانون العقوبات . بينما أفرع القانون الخاص تتمثل فى القانون التجارى ، والقانون البحرى ، والقانون الجوى ، والقانون المدنى ، وقانون الأحوال الشخصية .

ونعرض بداية لأفرع القانون العام ، ثم لأفرع القانون الخاص على أن نتناول بعد ذلك الآثار المترتبة على التفرقة بينهما فيما يلى :

تقسيم القانون من حيث موضوعة

- القانون العام
  - دولى
    - القانون الدولى العام
  - داخلى
    - القانون الدستورى
    - القانون الإدارى ويلحق به القانون المالى
    - قانون العقوبات
- القانون الخاص
  - القانون المدنى
  - القانون التجارى ويلحق به القانون البحرى والقانون الجوى
  - قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية والقانون الزراعى

أولا : فــروع القانون العام

٥٣-يضم القانون العام - فيما قدمنا - القانون الدولى العـــام ، والقـــانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، وقانون العقوبات . نفصلـــه تباعا فيما يلى :

١ - القانون الدولى العام

Droit international public

٥٤-هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشــــئة بيـــن أشـــخاص المجتمع الدولى . أى بين الدولة ، وغيرها من الدول أو المنظمات الدوليـــــة ، سواء فى وقت السلام ، أو فى وقت الحرب .

ففى وقت السلام ، يبين القانون الدولى العام أشـــخاص العلاقـــات التـــى يحكمها (الدول ، والمنظمات الدولية) ويحدد حقوقها ، والتزاماتها ، ويحـــدد إقليم الدولة ، وحق الدولة على هذا الإقليم . كما يحـــدد قواعـــد المعـــاهدات الدولية ، وكيفية إبرامها ، وتحديد آثارها ، والطرق الودية لفض المنازعـــات الدولية، كالمفاوضات ، والتحكيم الدولى .

وفى وقت الحرب تتدخل قواعد القانون الدولى العام لبيان كيفية إعـــلان الحرب ، ووسائلها المشروعة ، وحقوق وواجبات الأطراف المتحاربة .

ويستمد القانون الدولى العام مصادره من الأعراف الدولية ، ومن المعاهدات الشارعة ، وهى نوع من المعاهدات تبرمها الدول لتقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى العام ، أو تعدل ، وأو تلغى قاعدة من هذه القواعد ، وأخيراً ، من المبادئ القانونية العامة التى تقوم عليها الأنظمة فى دول العالم المتمدينة[1] بما فى ذلك مثلا ، مبدأ التعويض عن الضرر ، واحترام العهد المقطوع فى العلاقات الدولية .

بقى أن نوضح بأن القانون الدولى العام ، فرع من فروع القانون العام الخارجى ، لأنه ينظم علاقات الدولة ، بغيرها من الدول الأخرى ، أو بغيرها من المنظمات الدولية . وبذا تتميز قواعده عن قواعد القانون الدولى الخاص، الذى ينظم العلاقات ذات العنصر الأجنبى بين الأفراد على ما رأينا آنفا .

ونلفت النظر ، بأن قواعد القانون الدولى العام تفتقر إلى الجزاء ، وبذا يتخلف أحد أهم مقومات القاعدة القانونية ، وذلك أنته لا توجد سلطة عليا فوق الدول تستطيع أن تفرض على أية دولة تخالف قواعد القانون الدولى العام جزاء معينا . وقد يرد على ذلك بأن استنكار الرأى العام العالمى أو استهجانه للدول التى تخالف قواعد القانون الدولى العام ، وكذلك الحال فى

(١) البدراوى ، ص ٦٢ ، بند ٢٣ .

مبدأ المعاملة بالمثل السائد فى العلاقات الدولية أو الحرب ، تعتد جـــزاءات لا يمكن إنكارها . ومردود على ذلك بأن الجزاء فى القواعد القانونية هو الـــذى تباشره السلطة المختصة . ولا توجد - فيما ذكرنا - سلطة عليا فوق الـــدول تستطيع أن تفرض على الدول المخالفة بوسيلة من وسائل القـــهر - احـــترام قواعد القانون المذكور[١] .

---

(١) لذا ، يدرجه البعض ضمن قائمة القوانين الناقصة . Lex impérfecta
أنظر : تناغو ، ص٨٣ ، بند ٢٧ .

٢ – القانون الدستورى

Droit constitutionnel

٥٥–فرع من فروع القانون العام الداخلى ،يشتمل على مجموعة من القواعد التى تبين شكل الدولة ، ونوع الحكومة ، وكيفية تنظيم السلطات العام فى الدولة ، أى من حيث تكوينها ، واختصاصاتها، وعلاقات السلطات الثلاث بعضها ببعض ، ويحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد .

القانون الدستورى إذن يحدد شكل الدولة(ملكية ، جمهورية ن موحدة ، اتحادية) ونوع الحكومة (برلمانية ، رئاسية) ويبين كيفية تنظيم السلطات العامة (التشريعية ، التنفيذية ، القضائية) ويبين الحريات والحقوق ، والواجبات العامة ، بما فى ذلك الحق فى المساواة أمام القانون ، وحرية الرأى والعقيدة ، وحرمة المنازل ، والحق فى تولى الوظائف العمومية ، والالتزام بأداء الضرائب والتكاليف العامة ، والدفاع عن الوطن .

ونلفت النظر بأن الدستور المصرى الحالى ، صدر ، وعمل به ابتداء من ١١ سبتمبر ١٩٧١ عن طريق الاستفتاء الشعبى .

وقد أثارت مشكلة الجزاء فى القانون الدستورى صعوبات عدة فيما يتعلق

بالطبيعة القانونية لقواعده[1] . فقد قدمنا بأن الجزاء عنصر مهم من عناصر القانون ، ولما كانت قواعد القانون الدستورى - والفرض أنه ينظم السلطات العامة فى الدولة والعلاقة فيما بينها - تفتقر إلى الجزاء .فقد اتجه البعض بأن قواعد القانون الدستورى تقترن بنوع خاص من الجزاء يتفق مع طبيعتها ، يتمثل فى التوازن القائم بين السلطات الثلاث . فيمكن للسلطة التنفيذية حل السلطة التشريعية ، ويمكن للأخير ، أن يسحب الثقة من الحكومة ، ويكون للقضاء مراقبة دستورية القوانين ، أى فيما إذا كانت القوانين الصادرة عن البرلمان قد صدرت متسقة أو مخالفة لنصوص الدستور . كذا ، فهناك رقابة الرأى العام على عمل السلطات الثلاث جميعا ، ويمكن عن طريق الانتخاب الحر إعادة تنظيم عملها . وعليه فإن مخالفة قواعد الدستور لا تخلو من رد فعل مادى يعتبر جزاء لها . ويرى البعض - بحق - أن هذا الجزاء يفوق فى خطورته أى جزاء آخر يمكن أن يكفل احترام القواعد القانونية [2].

وعندنا ، أن الجزاء ركن بغيره لا تكتمل للقانون مقوماته . وعلى أنه يكفى لقيامه شعور المجتمع أن للقاعدة صفة الإلزام بحيث يستتبع الخروج عليها توقيع جزاء مادى . أى حتى ولو تمثل هذا الجزاء فى إعتبار المجتمع

(١) فى وضع المشكلة أنظر لاروميه ، ص٢٣ ، بند ٣٧ .
(٢) سليمان مرقس ، ص ٥٩ ، بند ٣٧ .

أن مخالفة قاعدة ما تهديد لكيانــه ، أو بنائــه الاقتصــادى أو الاجتمــاعى أو السياسى .. أما تنظيم الجزاء ، أى وجود ســـلطة مختصــة بتوقيعــه علـــى المخالف عند الاقتضاء ، فهى مستقلة عن وجود الجــزاء ذاتــه ، ولا تعتــبر بالتالى ركنا جوهريا لقيام القاعدة القانونية (١).

(١) قرب : سمير تناغو ، مرجع وموضع سابقين .

٣- القانون الإدارى

Droit Administrattif

٥٦-هو مجموعة القواعد التى تنظم الإدارة العامة أو تحكم النشاط الإدارى فى داخل الدولة . ولذلك يضم القانون الإدارى المسائل الآتية :

- أعمال المرافق العامة ، وهى المشروعات التى تتولى تقديم الخدمات العامة للأفراد سواء قامت بها سلطات إدارية مركزية (فى العاصمة) أو محلية (فى أقاليم الدولة) . بما فى ذلك مثلا مرافق التعليم والصحة والدفاع .
- أموال المرافق العامة أى تلك الأموال المنقولة ، التى تستخدمها السلطة الإدارية فى إدارة المرفق العام .
- الوسائل المختلفة لإدارة ، واستغلال المرافق العامة .
- القضاء الإدارى ، وهو يضم المحاكم التى تفصل فى المنازعات الناشئة عن نشاط الإدارة ، وتتركز هذه المحاكم أساسا فى مجلس الدولة . كما يتضمن قواعد الإجراءات والمرافعات أمام القانون المذكور .

ونلفت النظر إلى مسألتين : **الأولى** ، بأن قواعد القانون الإدارى تتشعب بتزايد عدد المرافق العامة التى تضطلع بها الدولة ، وحاجة هذه المرافق

العامة فى تنظيمها إلى تعديلات مستمرة . لذا ، يتسع نطاق القانون المذكور فى الأنظمة التى تنتهج المذهب الاجتماعى ، أو الاشتراكى ، حيث تمتلك الدولة وسائل الإنتاج والتوزيع ، وتتولى القيام على المرافق العامة . بينما يضيق نطاق القانون الإدارى فى أنظمة المذهب الفردى . وتأكيدا لذلك وتفصيلا له ، فقد بدأت قواعد القانون الإدارى تنحسر فى مصر ، عقب الاتجاه إلى تحرير الاقتصاد والأخذ بآليات السوق ونظام التخصيصية الذى يعنى نقل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص . وبالتالى التحول فى وسائل القانون الإدارى إلى آليات القانون الخاص .

والمسألة الثانية ، أن قواعد القانون الإدارى تستعصى على التقنين ، أى لا يمكن جمعها فى مجموعة واحدة ، كما هو الحال بالنسبة لأفرع القانون الأخرى ، فنجد أغلبها فى عدد من اللوائح ، وقوانين العاملين المدنيين فى الدولة والمعاشات ، ونزع الملكية العامة، وقوانين الحكم المحلى ، والتموين ، والتعليم ، وتنظيم الجمعيات ...... ونحو ذلك .

٤- القانون المالى

Droit Fiscal

٥٧- هو مجموعة القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث الإيرادات العامة والمصروفات ، والإنفاق العام . وبعبارة أخرى ، مجموعة القواعد التى تحكم ميزانية الدولة. وتتكون من الإيرادات ، التى تحصل عليها الدولة من الضرائب والرسوم ، ومقابل الخدمات التى تقدمها للأفراد ، والقروض. أما المصروفات فهى المبالغ التى تنفقها الدولة على الدفاع ، والأمن ، والتعليم ، والصحة ، وجهاز العدالة .

وترتيباً على ذلك فالأصل أن القانون الحالى ، وهو خاص بميزانية الدولة فرع من القانون الإدارى . ومع ذلك فقد استقل بقواعده فى الوقت الحال ، وأصبح فرعاً من القانون العام .

كما زادت أهمية دراسة التشريعات الضريبية ، وزاد عدد القضايا التى أثيرت بسببها ، وتألف من مجموعة الأحكام الصادرة بشأنها ما يسمى بحق بقضاء الضرائب Jurisprudence Fiscal .

وننبه بأنه إذا كان القانون الحالى - فرع من القانون العام - فدراسة

أحكامه تقتضى معرفة كثير من قواعد القانون الخاص . يؤكد ذلك مثـــلا ، أن الضريبة على الشركات تفترض الإلمام بقواعد تأسيس الشركات فى القـــانون التجارى . ورسوم التسجيل تقتضى الإلمام بأسباب كسب الملكية فى القـــانون المدنى .

٥- القانون الجنائى

Droit Giminel

٥٨- ويقصد به مجموعة القواعد التى تبين الجرائم ، والعقوبات المحددة لها. أما الجرائم فتنقسم إلى الجنايات ، والجنح ، والمخالفات . والعقوبات ، تنقسم إلى عقوبات مالية ، كالغرامة والمصادرة ، وعقوبات سالبة للحرية ، كالحبس والسجن ، وعقوبات جسدية ، كالإعدام .

وينقسم القانون الجنائى بحسب موضوعة إلى قسمين : القسم العام ، ويشتمل على الأحكام العامة للجريمة والعقوبة . أما القسم الخاص ، فيبين أنواع الجرائم ، وأركانها . والفرق بينهما أن الأول يعرض لعموميات الجريمة والعقوبة فيبين أنواع الجرائم (الجنايات والجنح والمخالفات) وأركانه الجريمة وهى السلوك الإجرامى والنتيجة الإجرامية ، وعلاقة السببية بينهما . فضلا عن أهلية تحمل المسئولية الجنائية . كما يعرض للأحكام العامة للعقوبة من حيث أنواعها ، وحالات تعددها ، وسقوطها ، والتخفيف أو الإعفاء من العقوبة .

أما القسم الخاص ، فيعرض لكل جريمة على حدة من حيث القاعدة التى تحكمها ، والعقوبة الخاصة بها .

ومن أهم المبادئ المقررة فى قانون العقوبات[1] أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . والمعنى ، أن الأصل فى الأفعال الإباحة ، وأنه لا يعاقب على ارتكاب فعل إلا بمقتض نص تشريعى . وبالتالى فلا يمكن الاستناد إلى العرف فى تجريم الأفعال ، ولا فى تجديد عقوبات على ارتكابها . ومن جهة أخرى لا يجوز توقيع عقوبة إلا عن الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

وقد ثار التساؤل - خصوصا فى الفقه الفرنسى - عن مدى اعتبار القانون الجنائى من القانون العام ؟ ومبرر التساؤل أن معظم الجرائم المعاقب عليها جرائم مرتكبة ضد حقوق الأفراد الخاصة [2] ، وأن المجنى عليه يمكن فى بعض الجرائم تحريك الدعوى الجنائية فيما يسمى بالدعوى المباشرة ، ولا يجوز فى بعض الجرائم تحريك الدعوى العمومية إلا بموافقة شخص معين بالذات (الزوج مثلا فى جرائم زنا الزوجة) .

ومردود على ذلك بأن المبررات السابقة لا تعنى استبعاد القانون الجنائى عن أفرع القانون العام ، فالجرائم المرتكبة ضد حقوق الأفراد الخاصة تهدد أمن المجتمع ، ونظامه ، وبذا فتوقيع العقوبة عليها يتعلق به حق المجتمع .

---

(١) كما ورد النص عليه - فيما سنرى - بالمادة ٦٦ من الدستور .
(٢) حسن كيرة ، ص ٥٧١وما بعدها .

كذا ، فإن الدعوى الجنائية يباشرها المجتمع ممثلا فى النيابة العمومية .
والحالات التى تلعب فيها إرادة المجنى عليه دوراً فى تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها حالات استثنائية لا تنفى القاعدة العامة ، بل تؤكدها .

ورضا المجنى عليه بارتكاب الجريمة قبل وقوعها لا يعتبر سبباً من أسباب الإباحة . كذا ، فتصالح المجنى عليه مع مرتكب الجريمة - بعد وقوعها - لا يغل يد النيابة العامة فى تحريك الدعوى العمومية .

لذا ، فالثابت أن القانون الجنائى ينتمى بقواعده إلى أفرع القانون العام .

ثانيا : فروع القانون الخاص

تقسيم :

٥٩- يمكن تعريف القانون الخاص بطريق الاستبعاد على أنه مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التى لا تكون الدولة ولا أحد الأشخاص الاعتبارية العامة المتفرعة عنها طرفا فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة[١] . وبعبارة أخرى فإن القانون الخاص ينظم العلاقات بين الأفراد بصفة عامة ، أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا . وفروع القانون الخاص منفردة بالمعنى الذى حددناه متعددة : أهمها القانون المدنى ، ثم القانون التجارى ، وقانون التجارة البحرية ، والقانون الزراعى ، وقانون العمل ، وقانون التأمينات الاجتماعية ، وذلك على التفصيل الآتى بيانه .

(١)وتفاصيل أخرى فى لاروميه ، ص٤٧ ، بند ٥٢ .

١-القانون المدنى

Droit Civil

٦٠- هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات المالية بين الأشخاص فيما عدا ما يتعلق منها بالتجارة . والقانون المدنـــى أصـــل القـــانون الخـــاص أو الشريعة العامة التى تنطبق أحكامه إذا لم يوجد حكم لمسألة من مسائل القـــانون الخاص فى أفرع أخرى وتفسير ذلك أن فروع القـــانون الخـــاص الأخـــرى كالقانون التجارى وقانون العمل مثلا ... تتضمن قواعد تحكـــم أنواعـــا مـــن العلاقات المرتبطة بنشاط معين أو بمهنة معينة ، يســـتلزم تطـــور الأنشـــطة استقلالها بقواعد خاصة، وفيما عدا ذلك يظل القانون المدنى - فيمـــا ذكرنـــا الشريعة العامة ,Le droit commun التى تنطبق أحكامه فيما عدا المســـائل السابقة التى استقلت بتنظيم خاص . وبذا ، إذا لم يوجد حكـــم للمســـألة فـــى التشريع الخاص ، يتعين البحث عن حكمها فى القانون المدنى(١) .

---

(١) وتاريخيا ، سمى القانون المدنى - فى العصر الرومانى - بأنه القانون المطبق علـــى المواطنين Jus civil تمييزا له عن القانون الذى يحكم الأجانب Jus Gentium وفـــى عهد جوستيان ، سمى القانون الرومانى فى مجموعه بالقانون المدنـــى Corpus Juris civil . أنظر : P.Roupier فى النظرية العامة للقانون ، ط١٩٥٢ /٢٩٢ وفى فـــترة لاحقة سمى القانون الخاص بالقانون المدني ، مقابلة بينه وبين القانون العام الذى ســـمى بالقانون السياسى ... بما مهد فى فترة تالية إلى تقسيم أفرع القانون إلى أفـــرع القـــانون الخاص ، وأفرع القانون العام .وانظر لاروميه ،ص٤٩ ، بند ٨٨ .

موضوعات القانون المدنى :

٦١- والمفترض أن القانون المدنى ينظم نوعين من العلاقات أو الروابط الأولى ، فى نطاق الأسرة ، وتسمى بروابط الأحوال الشخصية بما فى ذلك الزواج ، والطلاق ، وما يترتب عليها من آثار تتعلق بالنسب والميراث، والحضانة ، والنفقة ، وغيرها . فضلا عن المسائل المتعلقة بحالة الشخص ، وأهليته أما النوع الثانى من الروابط فيتعلق بالأموال ويسمي بالأحوال العينية أى الحقوق المالية للشخص وطرق كسبها وانتقالها ، وانتقائها ...

أما فى مصر ، فلا ينظم القانون المدنى إلا نوعا واحدا من العلاقات هى الأحوال العينية ، أما روابط الأسرة او الأحوال الشخصية فلم يتعرض لها المشرع ، فى القانون المدنى فتركت لتحكمها قواعد الشريعة الإسلامية ، والديانات الأخرى بما فى ذلك المسائل الخاصة بالخطبة ، والزواج والطلاق ، والحضانة والرضاعة والنفقة بين الأقارب والأصهار والنسب والتبنى والمواريث ، والوصايا[1] .

ويعكس ذلك ، فقد عرض القانون المدنى المصرى لبعض المسائل التى

---

(١) فلا يوجد قانون موحد فى مصر يحكم علاقات الأسرة ، أى بالنسبة للمصريين جميعا بصرف النظرر عن انتماءاتهم الدينية ، أنظر أحمد الزقرد ، الوجيز فى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، ط٢٠٠٢ ..

تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية، بما فى ذلك الأهلية والقرابـــة ، والهبـــة ، وبعض مسائل الميراث ، وتصفية التركة . وينطبق بشأنها قواعد موحدة علـــى المصريين جميعا بصرف النظر عن انتماءهم الدينى .

ويبقى أن نوضح بأن القانون المدنى المصرى قـــد صـــدر فـــى ١٩٤٨ وطبق اعتبارا من أكتوبر ١٩٤٩ وهو ينقسم إلى قسمين رئيسين يسبقهما بـــاب تمهيدى . فى مصـــادر القانون وتطبيقه من حيث الزمـــان والمكان ، وبيـــان الأشخاص والأموال وأحكامها المتنوعة .

أما القسم الأول، فقد خصص للحقوق الشخصية أو الالتزامات ، وبيـــن فيها مصادر الالتزامات ، وأهمها العقد ، والعمل غير المشروع والإثراء بـــلا سبب ، وبالنسبة للعقد ، فإن القانون المدنى يتضمن القواعد العامة للعقد – مـــن حيث تكوينه ، وأركانه ، وعناصره ، وانحلاله . كما يتضمن القواعد الخاصـــة ببعض العقود المسماة ، بما فى ذلك البيع ، والإيجار ، والتأمين ، والمقاولـــة ، والوديعة ، والهبة ، والصلح .

والقسم الثانى فيتعلق بالحقوق العينية الأصلية والتبعية ويدخل فى الأولـــى الملكية والانتفاع ، والحكـــر والارتفـــاق – وفـــى الثانيـــة الرهـــن بنوعيـــه الرسمى والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز[1] .

---

(١) أنظر أحمد الزقرد ، الوجيز فى التأمينات الشخصية والعينية ، ٢٠٠٢ ، ص٦ وبعدها.

وإذا كانت بعض أفرع القانون الخاص ، قد استقلت عن القانون المدنـــى ، على النحو الذى بسطناه ، بما فى ذلك القانون التجـــارى ، وقـــانون العمـــل ، والقانون الزراعى . فإن الأخير قد عاد مرة أخرى إلى أحضان القـــانون الأم ، وذلك إعمالا للقانون رقم ١٩٩٢/٦ على ما سنرى .

كذا ، فإن قانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية ، قد اســـتقل عن القانون المدنى ، خصوصا بعد صدور القانون رقـــم ١٩٥٤/٣٥٤ بشـــأن حق المؤلف ، الذى ألغى بقانون رقم ٢٠٠٢/٨٢ بشأن حماية حقوق الملكيـــة الفكرية .

٢-القانون التجارى

Droit Commercial

٦٢-هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الناشــــئة عـــن الأعمـــال التجارية وأهم موضوعات القانون التجارى ، تحديد ، متى يعتـــبر الشـــخص تاجرا سواء كان فردا أو شركة. وماهية الأعمـــال التجاريـــة ، كمـــا ينظـــم الشركات التجارية ، وأنواعها المختلفة ، وتكوينها ، وانقضائها كذلك العقـــود التجارية ، " البيع التجارى والرهن التجارى والوكالات التجاريـــة ،وعقـــود السمسرة ، والامتياز التجارى وعمليات البنوك ... الـــخ . وماهيـــة الأوراق التجارية بما فى ذلك الكمبيالة ، والشيك والسندات .

وقد أفرد القانون التجارى الجديد فى مصر رقم ١٩٩٩/١٧جزءا لعقـــود نقل التكنولوجيـا Savoir-faire أو Know - How فـأصبحت ضمـــن أهـــم موضوعاته[١] .

وأخيرا ينظم القانون التجارى قواعد إفلاس التجار ، فيحدد شروط الحكـم بالإفلاس ، والإجراءات الواجب اتباعها فى هذا الخصوص وماهيـــة حقـــوق دائنى التاجر المفلس ، والصلح الواقى من الإفلاس ... الخ[٢] .

(١) وقد ورد عليها النص بالمواد من ٧٢ إلى ٨٧ .

(٢) وجدير بالملاحظة أن القانون التجارى الجديد قد ألغى قانون التجارة القديم وأبقى مـــع ذلك منه المواد ١٩ إلى ٦٥ ، وتتعلق بالشركات .

وإذا كان القانون المدنى ينظم المعاملات المالية بين الأفراد عموما ، والقانون التجارى ينظم المعاملات الناشئة عن الأعمال التجارية ، فإن التساؤل يثور بصدد علة استقلال القانون التجارى بقواعده عن القانون المدنى خصوصا أن القانون المدنى ، من الناحية التاريخية كان ينظم المعاملات المالية ، سواء نشأت عن أعمال تجارية أو غيرها (١) ؟

والحقيقة أن حركة التجارة ، نمت ، وازدهرت ، واتسع نطاقها ، فظهرت الحاجة إلى قواعد تتلاءم مع ما تتسم به المعاملات التجارية من ثقة ، وسرعة وائتمان لا توفرها قواعد القانون المدنى .

فنشأ القانون التجارى لسد حاجات التجارة واستقلت قواعده عن قواعد القانون المدنى فى مسائل عدة منها :

أولا : فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية ، ففى القانون المدنى إذا زادت قيمة التصرف القانونى عن مبلغ معين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، أما فى القانون التجارى، فإن الإثبات حر من كل قيد بمعنى أنه يجوز إثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود مهما كانت قيمتها وتفسير حرية الإثبات

---

(١) فيما يسميه لاروميه بتجارية القانون المدنى .
commercialisation du droit civil . ص٥٣ بند ٩٢. وانظر Mercadal فى دراسة بعنوان : Les droit de affaires , Pourquoi ? J.C.P. 1985 -1-3182.

فى المواد التجارية ميسور إذا علمنا أن المعاملات التجارية . تتميز بالسرعة فى إبرامها ، وهو أمر لا يتحمل قيودا ، فى إثباتها كما هو الشأن فى المعاملات بين الأفراد العاديين .

ثانيا – القاعدة فى القانون المدنى ، عدم جواز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة كما ورد بنص المادة ٦١ من قانون الإثبات ولا تنطبق هذه القاعدة إذا تعلق الأمر بالأعمال التجارية لذات العلة التى قامت عليها قاعدة حرية الإثبات فى المواد التجارية .

٣- القاعدة فى القانون المدنى أنه إذا تعدد المدينون فإن التضامن بينهم لا يفترض ، بل لا بد من اتفاق ، أو نص فى القانون م٢٧٩ مدنى . أما فى المعاملات التجارية ، فالأصل هو التضامن بين المدينين على الوفاء بالالتزام للدائن ، إذا كانوا متعددين . ومعنى التضامن ، إمكانية الوفاء ، لذا ، نصت المادة ٤٧ من قانون التجارة الجديد بأنه " يكون الملتزمون معا بدين تجارى متضامنين فى هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك[١] بكل الدين من أى من المدينين

(١) وكانت قاعدة التضامن معمولا بها فى ظل القانون التجارى القديم بدون نص ، أى بوصفها قاعدة عرفية ، وفرضها القانون الجديد بالنص الوارد بالمتن . ويلاحظ أن=

المتعددين . وهو الأصل فى المعاملات التجارية ، حتى يتوفر للدائن الثقه فى إمكانية مطالبه أى من المدينين بكل الدين ، إذا لم يقم الآخرون بالوفاء . وهو أمر لا حاجة له فى المعاملات غير التجارية ، ما لم يوجد اتفاق عليه ، أو يقضى به نص فى القانون .

٤-إعمالا لقواعد القانون المدنى يجوز للقاضى ، أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالدين ، إذا حل ميعاد الوفاء ، ورأى من الظروف ما يبرر منح المدين أجلا آخر فيما يسمى بنظرة الميسرة آخذا من نص المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدنى .

أما فيما يتعلق بالديون التجارية فليس للقاضى هذه السلطة لما تستلزمه التجارة من ضرورة الوفاء بالدين في ميعاده . وعليه ، ورد نص المادة ٥٥ من قانون التجارة الجديد صريحا بأنه إذا عين للبدء فى التنفيذ أجل معين ، وانقضى هذا الأجل دون أن يبدأ المدين فى التنفيذ ، فلا يجوز له بعد ذلك إجبار الدائن على قبوله . ومع ذلك نصت المادة ٥٩ على أنه لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجارى مهلة للوفاء به ، أو تقسيطه إلا عند الضرورة ، وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن . فاقترب لذلك نص

=النص يتعلق بالمدينين ، فقط ، دون الدائنين الذين ينطبق عليهم لذلك قواعد القانون المدنى ، وفيها تضامن الدائنين غير مفترض .

القانون التجارى من نصوص القانون المدنى التى تحول للقاضى فى حـــالات استثنائية أن ينظر المدين إلى أجل معقول ، أو آجال ينفـــذ فيـــها التزامـــه إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

٥- فيما يتعلق بحوالة الحق ، تختلف أحكام القانون المدنى عن القـــانون التجارى . ففى الأول لا تكون الحوالة نافذة فى مواجهـــة المديـــن ولا بالنسبة للغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلى بها إعمالا لنص المـــادة ٢٣٠ من القانون المدنى . أما فى المعاملات التجارية فإن حوالـــة الحقـــوق الثابتة فى الأوراق التجارية مثل الكمبيالة ، والشيك فإنها تكون نـــافذة فى مواجهة الكافة بمجرد التوقيع على هذه الأوراق بما يفيـــد الحوالـــة وهو إجراء مبسط يتلاءم مع ما تتصف به المعاملات التجاريـــة مـــن سرعة .

٦- يخضع التاجر الذى يتوقف عن سداد ديونه لقواعد الإفلاس . بينمـــا يخضع غير التاجر لنظام يسمى بالإعسار المدنى. وفرق بين الإفـلاس، والإعسار يتمثل فى أن الأول يلزم شهره بإجراءات رســـمها القـــانون بينما الثانى لا يلزم إشهاره .

علاقة القانون التجارى بالقانون المدنى :

٦٣- ذكرنا بأن القانون المدنى هو الشريعة العامة للقانون الخاص تطبق أحكامه فى كل مسألة لها يرد عليها نص بالقانون التجارى ، فارتباط القانون لتجارى بالقانون المدنى ارتباط الفرع بأصله ، كما أن أحكام القانون التجارى لا تنطبق إلا على الأعمال التجارية دون غيرها .

- يشغل العرف ، والعادة فى نطاق القانون التجارى مجالا أوسع من ذلك الذى يرسمه لهما القانون المدنى .

- وتلفت النظر بأن قانون التجارة المطبق حاليا هو القانون رقم ١٩٩٩/١٧ الذى ألغى القانون السابق الصادر ١٨٨٣ .

٣- قانون التجارة البحرية

Droit Maritime

٦٤-هو مجموعة القواعد المتفرعة عن القانون التجارى ، ينظم الملاحة البحرية على وجه العموم بما فى ذلك ملكية السفن ، وكيفية استغلالها ونظام الموانى البحرية ، وإدارتها .

وقد استوجب استقلال القانون البحرى عن القانون التجارى اتساع التجارة البحرية بما فى ذلك كبر حجم السفينة نفسها وتعرضها لأخطار جسيمة تقصر نصوص قانون التجارة عن مواجهتها.

وقد صدر أول تقنين فى مصر ينظم الملاحة البحرية ١٨٨٣ ثم الغى هذا القانون وحل محله القانون البحرى رقم ١٩٩٠/٨ .

الموضوعات التى ينظمها القانون البحرى :

ينظم قانون التجارة البحرية الموضوعات الآتية :

أولا : السفينة ، فينظم القانون البحرى الحقوق الواردة عليها ، والعقود المتعلقة بها ، كعقود البيع ، والتجهيز ، والانتفاع .

ثانيا : عمل السفينة أو عقود النقل التى أبرمها مالك السفينة ، سواء

تعلق الأمر بنقل البضائع، أو الأشخاص ، والحوادث البحرية ، بما فـــي ذلــك التصادم البحرى ، والمساعدة ، والإنقاذ ، والخسائر البحرية .

ثالثا : التأمين البحرى ، أى التأمين في مواجهة المخاطر التى تتعـــرض لها السفينة .

٤- قانون التجارة الجوية[١] :

٦٥-مجموعة القواعد القانونية التى تنظم استعمال الطـــائرات اســـتعمالا تجاريا " لنقل الأشخاص ، ونقل البضائع " وينظم ملكية هذه الطائرات وعقـــود نقل الركاب والبضائع بطريق الجو .

وجدير بالملاحظة أن أغلب قواعد التجارة الجوية تستمد مصدرهـــا مـــن المعاهدات والاتفاقات الدولية ، باعتباره يتعلق بأكثر من دولة .

٥- القانون الزراعى Droit rural :

٦٦-يمكن تعريف القانون الزراعى بأنه مجموعة القواعد القانونية التى تنظم ملكية الأرض الزراعية ، أو استغلالها بالإيجار أو المزارعة .

وقد نشـــأت قواعده فى أحضان القانـــون المدنى الذى نظم الملكية بوجه

---

(١) وتدخل دراسة القانون الجوى ، ضمن برنامج الدراسة فى السنة الرابعة .

عام ، أى بما في ذلك ملكية الأراضى الزراعية بقواعد عامة فى المـواد ٨٠٢ إلى ٨٦٩ ، وأسباب كسب الملكية فى المواد ٨٧٠ إلـى ٩٨٤ . كمـا نظـم إيجار الأراضى الزراعية بالمواد ٦١٠ إلى ٦١٨ ، وعقد المزارعة بـالمواد ٦١٩ إلى ٦٢٧ .

وفى مرحلة تالية صدر قانون الإصلاح الزراعى فـى مصـر ، وهـو القانون رقم ١٩٥٢/١٧٨ ، كما صدرت تشـريعات أخـرى تنظـم الملكيـة الزراعية ، والعلاقة بين الملاك والمسـتأجرين ، والمعـاملات الزراعيـة ، وحظر تملك الأجانب للأرض الزراعية . واللجان القضائية المختصة بـالفصل فى منازعات الزراعة ... وغيرها . وهى تشريعات اسـتثنائية ترمـى إلـى حماية الطرف الضعيف وهو مستأجر الأرض الزراعية فى مواجهة المالك[١].

ولذا ، صيغت أغلب قواعد القانون الزراعى آمرة ، لا يجـوز الاتفـاق على ما يخالف أحكامها .

وقد أسفرت التشريعات الاستثنائية عن انهيار التوازن المقبول أو المعقول فى علاقات الملاك بالمستأجرين . وتحول عقد الإيجار الزراعى والفرض أنـه محدد المدة إلى عقد مؤبد نسبة إلى حد بعيد عقد الملكية ، كما ساهمت قوانيـن

---

(١) الذى سمى لدى زعماء الحركة بالإقطاعى أو المستغل أو بالإمبريالى .

تحديد الملكية الزراعية فى تجزئة الأرض الزراعية بما أدى إلى استحالة استخدام الملكية الزراعية ، والوسائل المدنية فى ملكيات صغيرة ، ومبعثرة ، بما أدى إلى خلق ما يسمى بالمشكلة الزراعية فى مصر .

لذا ارتأت الدولة – فى مرحلة تالية العدول عن التشريعات الاستثنائية ، وصدر لذلك القانون رقم ٦ / ١٩٩٢ ، الذى أعاد القانون الزراعى إلى أحضان القانون الأم ، وهو القانون المدنى، وألغى قوانين الإصلاح الزراعى، وغيره من التشريعات الأخرى .

ونلفت النظر بأن كليات الحقوق قد عنيت بتدريس تشريعات الإصلاح الزراعى وغيرها من التشريعات الاستثنائية باعتبارها تكون فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص ، وهو القانون الزراعى وظهر فى الفقه المصرى مؤلفات تحمل اسم القانون الزراعى .

وبما أن التشريعات الاستثنائية قد ألغيت ، وعادت أحكام الملكية الزراعية ، والإيجار الزراعى إلى القانون المدنى ، فقد ثار التساؤل عن مدى جدية تدريس القانون الزراعى بصفة مستقلة عن القانون المدنى ؟ . وعندنا أنه لم يعد ثمة مبرر علمى أو عملى لتدريس القانون المذكور،بعد إلغاء تشريعاته التى كانت تختلف كثيرا عن القواعد المقررة فى القانون المدنى[١].

---

(١) وعليه نقترح استبدال القانون الزراعى بقانون آخر ، تبدو الحاجة إليه ضرورية فى الوقت الحالى هو قانون حماية المستهلك .

٦- قانون العمل

Droit du Travail

٦٧-المقصود بقانون العمل ، مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص بالعمل لحساب شخص آخر تحت إشرافه ، وسلطته أو رقابته مقابل أجر[١] .

فقانون العمل إذن يحكم ما يمكن تسميته بالعمل التابع المأجور وتفريعا على ذلك ، يخرج من نطاق تطبيق قانون العمل ، العمل المستقل ، الذى يقوم فيه شخص بالعمل بنفسه لحساب نفسه ، ومن ذلك مثلا ، صاحب الورشة الميكانيكية الذى يقوم بنفسه بإصلاح السيارات . ومهندس الديكور الذى يقوم بأعمال التصميم بنفسه ولحسابه الخاص ، وصاحب العمل الحر " المحترف "، بما فى ذلك الترزى أو الطبيب ، أو المهندس .

وعلى عكس ذلك تسرى أحكام عقد العمل أخذا من نص المادة ١/٦٧٦ مدنى على العلاقة بين أرباب الأعمال ، وبين الطوافين والممثلين التجاريين

(١) فيما ورد بنص المادة ٣١ من مشروع قانون العمل الموحد تسرى أحكام هذا الباب على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العلم ، وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر ، وهى تقابل م٢٩ من قانون العمل الحالى ، ونصها تسرى أحكام هذا الباب على العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيا كان نوعه - والعبارة الأخيرة حذفت من المشروع المذكور وفيما عدا ذلك لا نرى أى اختلاف بين النصين . أنظر للمؤلف ، الوجيز فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الكتاب الأول ، قانون العمل ، ٢٠٠١.

والجوابين ، ومندوبى التأمين ، وغيرهم من الوسطاء ، لو كـــانوا مـــأجورين بطريق العمالة ، أو كانوا يعملون لحساب جمـــلة من أرباب الأعمال - وذلـــك لوجود التبعية .

وقد تواتر قضاء النقض المصرية على أن مناط تكييـــف عقـــد العمـــل وتمييزه عن غيره من العقود توافر عنصر التبعية ، التى تتمثل فى خضـــوع العامل لرب العمل ، وإشرافه ، ورقابته[1].

وحكم مثلا بأن المناط فى تكييف عقد العمل ، وتمييزه عن غـــيره مـــن العقود . وعلى ما جرى عليه قضاء النقض هو توافر عنصر التبعيـــة التـــى تتمثل فى خضوع العامل لإشراف رب العمل ، ورقابته [2]

ولا تنطبق أحكام قانون العمل إلا على العمل المأجور .. والأجر ، كـــل ما يتقاضاه العامل ، لقاء عمله ، مضافا إليه العلاوات أيا كان نوعـــها ... م١ من قانون العمل . وبذا لا تسرى أحكام قانون العمل على العمل التـبرعى، ولا على الشريك فى عقد الشركة[3] ولا على الوكيل بغير أجر فيما سنرى لاحقا .

---

(١) نقض ١٩٨٦/٦/١٦ - الهوارى / قضاء النقض فى منازعات العمـــل ، والتأمينـــات الاجتماعية/ ص ١٤ .

(٢) نقض ١٩٨١/٢/٨/ البكرى/جـ١/ص ٥٧٥.

(٣) إلا إذا كان العامل يحصل مقابل عمله على نسبة مئوية من أرباح صـــاحب العمـــل ، فعندها يصبح مركزه ، قريبا من مركز الشريك والتفرقة بينهما يحددها معيار التبعيـــة .. لاحقا/ بند ٧٠ .

ونلفت النظر إلى مسائل ثلاث : **الأولى** ، أن قانون العمل لا يسرى على كل علاقات العمل التابع . فإذا كان صاحب العمل ، هو الدولة ، أو غيرها من أشخاص القانون العام. فإن القانون الإدارى هو الذى يحكم العلاقة بين الموظف ، والدولة ، كأصل عام – وتسمى العلاقة ، بأنها تنظيمية ، أو لائحية .

كذا ، يستبعد من نطاق تطبيق قانون العمل ، لمبررات سنراها عمال الخدمة المنزلية ، ومن فى حكمهم – م٣ عمل – برغم خضوعهم لإشراف ورقابة المخدوم أى برغم توافر علاقة التبعية.

والثانية ، إن قانون العمل ليس مرادفا لعقد العمل ، وتفسير ذلك أن قانون العمل يحكم فيما رأينا ، علاقات العمل الفردية " أى عقد العمل " وعلاقات العمل الجماعية [1] خاصة النقابات . وبذا ، فقانون العمل أوسع نطاقا من عقد العمل ، طالما أنه يشمله ، بالإضافة إلى علاقات العمل الجماعية .

وأخيرا ، فقانون العمل ليس مرادفا لحماية العمال ، فكما أنه يحمى

---

(١) وعقد العمل الجماعى ، اتفاق تنظم بمقتضاه شرط العمل ، وظروفه بين منظمة نقابية أو أكثر ومن يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك المنظمات ، أو منظمات أصحاب العمل بما يكفل شروطا أو مزايا أو ظروفا أفضل – م٨٠ عمل .

قواعد من القانون العام ، والقانون الخاص ، فهو خليط منهما[1] ومن الأولى القواعد الخاصة بالتفتيش على العمل ، والتوفيق ، والتحكيم في منازعات العمل الجماعية ، ومن الثانية ، القواعد التى تنظم عقد العمل الفردى من حيث إبرامه ، وتحديد آثاره ، وأسباب انقضائه ، وكذا القواعد التى تحكم عقد العمل الجماعى والنقابات .

فيما يرى البعض الآخر بأن جميع قواعد قانون العمل تنتمى إلى القانون الخاص . ووجود قواعد القانون العام فى أحضان قانون العمل لا يؤثر في انتماء الأخير إلى أفرع القانون الخاص . ذلك أن دور قواعد القانون العام في علاقات العمل قاصر على تكملة القواعد الأساسية التى هى من قواعد القانون الخاص . ودليل ذلك أن قواعد التفتيش على أماكن العمل التى تنتمى إلى قواعد القانون العام تقوم بدور مكمل أو مساعد للقواعد الخاصة بالتزامات صاحب العمل التى هى من قواعد القانون الخاص .

وعندنا أن قانون العمل ينضوى برمته تحت زمرة القانون الخاص .وأن الدور المنوط بقواعد القانون العام فى علاقات العمل لا يتعدى تكملة قواعد

---

(١) لذا يراه الدكتور سمير تناغو ، من أفرع القانون المختلط . أنظر النظرية العامة للقانون ، دار المعارف ، ص٥٨٣ ، بند ١٧٦ . وفى نفس الاصطلاح ، لاروميه ، مرجع وموضع سابقين .

القانون ، أو ضمان تطبيق نصوصه ، أو تنفيذها بالدقة الواجبة .

كما يؤكد انتماء قانون العمل إلى القانون الخـــاص أن مصـــدر غالبيـــة علاقات العمل ، عقد العمل ، وهو عقد رضائى . كذا ، فهو يحكـــم علاقـــات العمل بين أصحاب العمل والعمال ، وهم من أشخاص القانون الخاص ، بينمـــا عمال الحكومة مستثنون من تطبيق أحكامه .

ونلفت النظر بأن انتماء قانون العمل إلى أفرع القانون الخاص لا يعنـــى خضوع أحكامه لذات القواعد التى تحكم أفرع القانون الخاص الأخرى . فـــهو مستقل بأحكام خاصة فى التفسير ، وبالصياغة .

٧- قانون التأمينات الاجتماعية

Securité Sociale

٦٨- قانون التأمينات الاجتماعية فرع جديد من أفرع القانون ، نشأ بداية في ألمانيا ١٨٨٣ ، وانتقل منها بعد ذلك إلى الدول الأخرى ، ومنها مصر التى صدر فيها تشريعات عدة تتعلق بالتأمين فى مواجهة إصابات العمل ١٩٣٦ ، وعدل مرات عدة ، إلى أن صدر قانون ١٩٥٩/٩٢ ، الذى ألغى وحل محله القانون رقم ١٩٥٤/٦٣ ، الذى ألغى بدوره ، إلى أن صدر قانون ١٩٧٥/٧٩ للذى يعد النظام الأساسى للتأمين الاجتماعى فى مصر ، يقوم إلى جانبه أنظمة مكملة أخرى تتعلق بالتأمين الاجتماعى الشامل والتأمين على أصحاب الأعمال، والتأمين على المصريين العاملين بالخارج .

ويعرف قانون التأمينات الاجتماعية على أنه مجموعة القواعد القانونية التى تنطبق بصفة أساسية على العمال ، وتهدف إلى تأمين المخاطر التى تهددهم ، مقابل اشتراكهم لدى هيئة التأمينات الاجتماعية التى تتولى الإشراف على نظام التأمينات برمته .

ونلفت النظر إلى المسائل الآتية :

١- مبلغ الاشتراك فى التأمينات الاجتماعية يلتزم به العامل وصاحب العمل والدولة ، كل بنسبة محددة .

٢- التأمين الاجتماعى ملزم للعاملين فى القطاعين العام والخاص وقطاع الأعمال العام .

٣- المخاطر التى يغطيها قانون التأمينات الاجتماعية تشمل الشيخوخة والعجز والوفاة وإصابات العمل والأمراض المرضية(١) .

٤- إذا تحقق للمؤمن له أى خطر من المخاطر السابقة ، ينشأ لـه حق مباشر فى مواجهة هيئة التأمينات الاجتماعية ، إما فى الحصول على المعاش ، أو التعويض ، أو عليهما معا .

٥- أن لهيئة التأمينات الاجتماعية فى تحصيل الاشتراك من المؤمن عليهم ضمانات عدة منها وأهمها ، الحجز الإدارى المباشر ، وحق الامتياز .

٦- أن القانون المصرى فى التأمينات الاجتماعية قد امتد بالحماية التى يوفرها إلى فئات أخرى من غير العمال ، بما فى ذلك أصحاب

---

(١) وتفصيلا ، أحمد الزقرد ، لوجيز فى قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الكتاب الثانى ، ط٢٠٠١ . .

العمل ، ومن يعمل بالخارج من المصريين ، والتـــأمين الاجتمـــاعى الشامل الذى ينصرف إلى فئات من غير ما ذكرنا .

٧- امتد القانون المصرى بالحماية التأمينية لتشمل أفراد المجتمع جميعا . بصرف النظر عن المهنة ، أو مقابل الاشتراك فى تمويـــل النظـــام . أنها حماية للإنســـان بوصفـــه إنســـانا . فصـــدر قـــانون الضمـــان الاجتماعى[١].

(١) وفرق بين التأمين الاجتماعى ، والضمان الاجتماعى . فالأول ، مقابل اشـــتراك إلـــى هيئة التأمينات الاجتماعية ، والثانى بلا مقابل. والأول ينطبـــق فـــى جوهـــره علـــى العاملين بالقطاعين العام والخاص ، والثانى ينصرف إلى فئـــات لا يغطيـــها التـــأمين الاجتماعى أصلا . بما فى ذلك خدم المنازل ، وصغار الصيادين ..إلخ أنظـــر أحمـــد الزقرد ، مرجع سابق .

ثالثا – الآثار التى تترتب على التفرقة بين القانونين العام والخاص :

٦٩– رأينا بأن القانون العام يشتمل على القواعد التى تنظم كيان الدولة ، أو الروابط التى تكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها طرفا فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة . أما القانون الخاص ، فيضم القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، أو العلاقات التى تقوم بينهم وبين الدول إنما ليس بوصفها صاحبة السلطة والسيادة .

ويتفرع على التفرقة بين القانونين العام والخاص نتائج عدة نجملها فيما يلى :

١– من حيث طبيعة القواعد فى كل منهما :

٧٠– يتعلق القانون العام بكيان الدولة وينظم علاقات تتصل بالمصلحة العامة . لذا جاءت آمرة ، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها . وأى اتفاق يخالفها يكون باطلا بطلانا مطلقا . إنها قواعد من النظام العام .

وعلى عكس ذلك ، فلما كان القانون الخاص ينظم علاقات الأفراد ، فقد وردت أغلب قواعده مكملة ، لا تنطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق على مخالفتها . وبعبارة أخرى ، إذا وجد اتفاق يخالفها فإنها تستبعد من حكم العلاقة لأن الأفراد هم الأقدر على معرفة مصالحهم الخاصة . ويترتب على ذلك نتيجة

أخرى . فقواعد القانون العام تسمح للدولة ، أو الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها سلطة فى مواجهة الأفراد . لا يملكون إزاءها سوى الإذعان أو الخضوع . فيما يسود علاقات القانون الخاص المساواة بين الأطراف بحيث لا يمتاز أحدهم على الآخر . ويضرب الفقه مثلا علّى السلطة والسيادة فى علاقات القانون العام بحق الدولة فى الاستيلاء المؤقت على العقارات أو نزع ملكية العقارات إذا رأت أنها فى حاجة إلى ذلك لتحقيق مصلحة عامة . بينما لا سبيل إلى الأفراد فى علاقات القانون الخاص - إلا التعاقد للحصول على العقارات .

٢- من حيث أطراف العلاقة :

٧١- أطراف علاقات القانون العام ، الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية المتفرعة عنها (المحافظات مثلا ... والطرف الآخر قد يكون دولة أخرى ، أو الأفراد العاديين) .

فإذا كانت العلاقة قائمة بين الدولة أو أحد هيئاتها وبين الأفراد العاديين ، فإنها لا تكون من علاقات القانون العام إلا إذا تدخلت الدولة ، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة . كما هو الشأن مثلا فى نزع الملكية للمنفعة العامة .

أما إذا كان تدخل الدولة فى العلاقة مع الأفراد ، بدون السلطة والسيادة ، فإنها لا تكون بين علاقات القانون العام .

٣- من حيث الغرض :

٧٢- الغرض من القانون العام رعاية المصلحة العامة للمجتمع ، أما الغرض من القانون الخاص ، فهو تحقيق المصالح الخاصة للأفراد ولعل ذلك ينهض مبررا معقولا للقول بأن قواعد القانون العام آمرة ، وأغلب قواعد القانون الخاص مكملة على النحو الذى رأيناه آنفا .

المبحث الثالث

تقسيم الأنظمة القانونية

بحسب مصادر القاعدة القانونية

تمهيد وتقسيم :

٧٣-تنقسم القوانين بالنظر إلى مصادر **القواعد** القانونيــة إلــى نظــامين كبيرين :

النظام القانونى اللاتينى ، وإليه ينتمى **القانونين** الفرنسى ، والمصــرى ، والقوانين الأخرى التى تأثرت بهما . **وفيه يعتبر التشريع** هو المصدر الرســمى الأصلى للقاعدة القانونية ، ولذا يعرف **بنظام القانون** المكتوب Loi ecrit

أما النظام القانونى الأنجلوسكسونى ، فــإن الســوابق القضائيــة هــى المصدر الرسمى الأصلى للقواعد القانونية ، **والدول** التى تنتمى إليه، انجلــترا، والولايات المتحدة الأمريكية بصفة خاصة ، **وتعرف** بدول القانون العرفــى ، أو القانون **غير** المكتوب Loi non ecrit .

ونفصل ما أجملنا كالآتى :

أولا : القانون اللاتينى :

٧٤-المصدر الرسمى الأصلى للقاعدة القانونية فى النظام اللاتينى هو التشريع ، فإن لم يجد القاضى حكماً فى المسألة محل النزاع من التشريع يعنى عليه البحث عن حكمها فى المصادر الاحتياطية الأخرى . وهى على الترتيب الآتى : العرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى .

ومن المسلم به أن القضاء لا يعتبر مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية فى الأنظمة اللاتينية ، بمعنى أن القضاء لا يخلق القانون بل يقتصر دوره على تطبيق القانون ، بعد تفسيره بمناسبة الدعوى المطروحة . ولذا ، يحظر التشريع على المحاكم ، إصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية ، أى لا يكون لها وضع قواعد تطبق فى القضايا المماثلة فى المستقبل . ولا يجوز للمحاكم إصدار أحكام جماعية تفصل جملة واحدة فى عدة دعاوى متشابهة بل يتعين عليها الفصل فى كل دعوى على حده[١] .

ولا تلتزم المحاكم فى أنظمة القانون اللاتينى ، بالقضاء الصادر من محكمة أخرى مماثلة لها فى الدرجة ، أو أعلى منها ، كما لا يجوز لأطراف

---

(١) لاروميه ، ص١٦٢ .

الــنزاع الجديد المطالبة بتطبيق الحل السابق على نزاعهم ، ولو كان متشــابها مع النزاع القديم . وهو ما يسمى بمبدأ الحجية النسبية للأمر المقضى به .

وأخيرا ، فلا يجوز للسلطة القضائية خلق القانون ، وإلا كــانت معتديــة على اختصاصات السلطة التشريعية التى خولت - بنـــص الدســتور - ســن التشريع .

والمهم أنه إذا كان القضاء لا يعتبر مصدرا من مصـــادر القــانون فــإن المتأمل بنص المادة الأولى من القانون المدنى يرى أنها حصرت المصـــــادر الرسمية فى التشريع أصلا ، وفى العرف ، ومبـــادئ الشـــريعة الإســـلامية ، والقانون الطبيعى وقواعد العدالة ، احتياطيا .

ونرى بأن القاضى ، وهو يبحث عن حكم للنزاع ، بافتراض أنه لم يجــد حكم النزاع فى التشريع ، ولا فى العرف ، ولا فى مبادئ الشريعة الإسـلامية، يتعين عليه الالتجاء إلى مبادئ العدالة . وقواعد القانون الطبيعى . والمعنـــى ، أن يجتهد رأيه لحل النزاع ، بمقتضى القواعد التى كان سيضعها هو لـــو أنــــه باشر عمل المشرع طالما استقى هذه القواعد من العدالة ، ومبـــادئ القـــانون الطبيعى . ومعنى ذلك أن القاضى يمكنه خلـــق القـــاعدة القانونيـــة ، فيعتـــبر مصـــدرا لها ، شريطة ألا يكون للنزاع أية حلـــول فى التشـــريع ، والعرف

ومــبادئ الشريعة الإسلامية ، وهو فرض فى كل الحالات نادر بعد أن اتســع نطاق التشريع ليحيط بأغلب المسائل فى المجتمعات المعاصرة .

وقد يحتج على ذلك ، بأن المشرع ، وقد حــدد مصــادر القــانون فـــى التشريع ، ثم العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ، والعدالة ومبـــادئ القــانون الطبيعى . وبذا ، يمكن للقاضى ، إذا لم يجد حكما فى المصادر السابقة يمكنـــه رفض الحكم فى النزاع .

ومردود على ذلك ، أن القاضى ، لا يمكنه رفض الحكم فى النزاع بحجة وجود نقص فى التشريع ، أو العرف ، أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

وإلى هذا ، نصت المادة ١٢٢ من قانون العقوبات المصرى بأن القــاضى الذى يمتنع عن الحكم يعاقب بالعزل ، وبغرامة لا تقل عن مائتى جنيه . ويعــد ممتنعا عن الحكم كل قاضى توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلبا إليـــه فـــى هذا الشأن بالشروط المبينة فى قانون المرافعات ، ولو احتج بعدم وجود نـــص فى القانون ، أو بأن النص غير صريح ، أو بأى وجه آخر .

ومن ناحية أخرى، إذا لم يكن لقضاء المحاكم فى أنظمة القانون اللاتينـــى. قوة السوابق القضائية فى النظام الأنجلو سكسونى على ما سنرى حالا . فـــإن القضاء يتجه إلى الأخذ بذات الحلول فى القضايا المماثلة ، سواء صدرت منه،

أو من المحاكم الأخرى . والقول بغير ذلك يؤدى عملا إلى الإخلال بالثقة فى المحاكم ، واختلال الاستقرار والعدالة والمساواة بين المواطنين ، بما ينعكس ذلك على المجتمع .

وأخيرا ، فإن محكمة النقض ، تقوم بدور مسهم فى توحيد الأحكام القضائية نحو الثبات ، والاستقرار . فتختص فى النظام اللاتينى بمراقبة صحة تطبيق القانون .

وفى كل الحالات ، فإن المشرع غالبا ما يتدخل لصياغة ما استقر عليه القضاء من أحكام فى نصوص تشريعية مكتوبة .

ثانيا : النظام الأنجلو سكسونى:

يعرف القانون الأنجلو سكسونى بأنه القانون المشترك أو ال Common low وقد استمد القانون أهميته من أهمية الامبراطورية البريطانية ، خصوصا فـــى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر .

وإذا كان القضاء لا يعتد مصدرا رسميا للقانون فى أنظم القانون اللاتينى ، فإنه يعتد مصدرا رسميا فى القانون الأنجلو سكسونى . فقد نشأ القانون عـــن طريق الأعراف ، والعادات حيث كانت المحاكم تطبقها إن وجدت وإلا تنشـــئ الحل القانونى للنزاع . وبذا حظيت الأحكام القضائية باحترام ، وبذا نشأ نظـــام السوابق القضائية Precedend بمعنى أن كل حكم جديد يشكل ســـابقة يتعيـــن السير على هديها فى القضايا اللاحقة المماثلة .

ويتكون النظام القضائى فى انجلترا من عدة درجات :

أولها محاكم المقاطعات CountryCourts وهى أدنى درجات المحاكم .

ثم المحاكم الابتدائية ، وتشمل محكمة العـــدل العليـــا High Courts of Justice .

ومحكمة التاج Coown Coutr وتعلوها محكمـــة الاســـتئناف Court of azzrel وتختص بالفصل فى الطعون المرفوعة إليها من المحاكم السابقة .

أما المحكمة العليا فى البلاد فهى مجلس اللوردات House of Lords ، وتختص بالفصل فى الطعون التى ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف . والحكم الصادر من المحكمة العليا نهائى .

وإذا كان قضاة المحكمة يلتزمون بالأحكام الصادرة عنها ، وعن المحكمة الأعلى منها – فيما قدمنا – فإن القانون العام الانجليزى يقوم أصلا على السوابق القضائى ، لذا يعرف على أنه قانون قضائى .

وبذا يعتد التشريع مصدرا احتياطيا إلى جانب السوابق القضائية .

ومع ذلك نلاحظ تدخل المشرع الانجليزى بتشريعات مكتوبة لتنظيم عدد لا حصر له من المعاملات المدنية

الباب الثانى

مصادر القانون

تعداد مصادر القانون :

٧٦- إذا كان القانون - على ما رأينا - مجموعة القواعد التى تنظم السلوك الاجتماعى ، التى تكفل الدولة احترامها بالقوة عند الاقتضاء .

فثمة مصادر متعددة للقاعدة القانونية ، بعضها مصادر تاريخية - اعتبارا بأن القاعدة المعمول بها فى الوقت الحالى ، لم يكن معمولا بها فى الوقت الماضى ولن يستمر العمل بها دائما . فهى فى تطور مستمر .

وليس معنى ذلك أن القاعدة المعمول بها فى الوقت الحالى منبته الصلة بالقواعد التى كان معمولا بها فى الماضى .

فالمشرع عادة ما يستهدى فى وضع القواعد القانونية ، بما كان عليه التشريع فى الماضى . ومعنى ذلك أن القواعد القانونية السابقة تعتبر مصدرا تاريخيا للقواعد اللاحقة .

ومما يدل على ذلك أن القانون الفرنسى الحالى مثلا ، يستمد مصدره التاريخى من القانون الفرنسى القديم ، الذى يستمد مصدره التاريخى بدوره من القانون الكنسى الذى يستمد الكثير من قواعده من القانون الرومانى . وبذا

يصح القول بأن القانون الرومانى مصدر تاريخى للقانون الفرنسى. وعلى أية حال فإننا لن نعرض– فى دراستنا – للمصادر التاريخية للقاعدة القانونية [١] .

وثمة مصادر رسمية للقاعدة القانونية وفيها ، يجب أن يبحث القاضى عن القاعدة القانونية التى يطبقها. فالمصادر الرسمية إذن هى السبب المنشئ للقاعدة القانونية ، أو هى الإجابة عن السؤال – من أين تستمد القاعدة القانونية قوتها الملزمة ؟ والمصادر الرسمية فى القانون المصرى هى: التشريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ العدالة ، وقواعد القانون الطبيعى .

وإلى جانب المصادر الرسمية للقاعدة القانونية توجد المصادر التفسيرية أى التى تفسر غموض النصوص ، وتبين المقصود منها ، وهى أحكام المحاكم ، وآراء الفقهاء .

والمصادر التفسيرية – بعكس المصادر الرسمية – غير ملزمة .

٧٧– فإذا استبعدنا المصادر التاريخية للقواعد القانونية من دراستنا يبقى أن نعرض إذن للمصادر الرسمية فى **(فصل أول)**، ثم المصادر التفسيرية فى **(فصل ثان)** .

(١) ونحيل فى شأنها إلى مؤلفات تاريخ القانون وفلسفته .

الفصل الأول

المصادر الرسمية

تعداد المصادر الرسمية :

٧٨- ذكرنا بأن المصادر الرسمية هي التى يبحث فيها القاضى عن القاعدة الواجبة التطبيق على النزاع المطروح .

وإلى جانب هذه المصادر الرسمية نصت المادة الأولى من القانون المدنى على أنه :

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص في لفظها ، وفحواها .

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

والنص السابق يبين فيه المشرع للقاضى ماهية المصادر التى يتعين عليه الرجوع إليها ليستقى منها الحكم الذى يطبقه على النزاع المعروض عليه . كما يلزمه باتباع ترتيب معين فى البحث عن القاعدة القانونية التى يطبقها على النزاع .

وإعمالا للنص المذكور ، يجب على القاضى الرجوع أولا إلى النصـوص التشريعية فإذا لم يجد ، يجب أن يرجع إلى العرف ، فإن لم يجد ، فيرجع إلـى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد ، فيرجع إلى مبادئ القانون الطبيعـى ، وقواعد العدالة . وبذا ، يعتبر التشريع هو المصـدر الأصلـى للقـانون أمـا المصادر الأخرى فهى مصادر احتياطية لا يلجأ إليها إلا إذا خلا التشريع مـن نص لحكم النزاع .

وإجمالا ، فإن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية على الترتيب الآتى :

١- التشريع .

٢- العرف .

٣- مبادئ الشريعة الإسلامية .

٤- مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة .

٧٩- ونوزع دراستنا بالتفصيل لهذه المصادر على أربعة مباحث .

المبحث الأول

التشـــريع

La Loi

ترتيب الكلام فى التشريع :

٨٠- قدمنا بأن التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون ، بمعنـــى أن معظم القواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانونى فى المجتمع نجدها فـــى التشريع . والتشريع بما يتضمنه من قواعد مكتوبة يحقق مزايا عدة ، فلا يثور الشك مثلا حول إثباته ، كما يتميز بصياغة واضحة ومحددة ، ومع ذلك فقـــد نسب إليه بعض العيوب .

كذا ، فالتشريعات ليست من قوة واحدة ، بل تتدرج ، فنرى أعلى الـــهرم التشريعى ، الدستور ، وهو التشريع الأساسى ، ثم التشريع العادى (الصـــادر عن البرلمان) وفى أدنى الهرم التشريعى توجد اللوائح ، وتسمى بالتشـــريعات الفرعية ، وتصدر عن السلطة التنفيذية .

وإذا كان التشريع ، يصدر عن سلطة مختصة بسنه ، فإنه يمر فى نشـــأته ونفاذه بمراحل عدة ابتداء من افتراضه إلى نشره ، مرورا بالإصدار .

كذا فقد انتشرت حركة جمع النصوص القانونية التى تنتظم أفرع القـانون إلا فيما يسمى بالتقنين La Codification .

وتثور تساؤلات عدة - بعد ذلك - عن كيفية إلغاء القواعد القانونية .

٨١- وتبعا لذلك نوزع دراستنا فى التشريع على مطالب خمسة :

الأول : مزايا التشريع وعيوبه .

الثانى : أنواع التشريع .

الثالث : سن التشريع ونفاذه .

الرابع : التقنين .

الخامس : إلغاء التشريع .

المطلب الأول

مزايا التشريع وعيوبه

٨٢- قدمنا بأن التشريع اصطلاح ينصرف إلى معنيين :

الأول : وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة في الدولة (وهذه السلطة هي مجلس الشعب في مصر،وفقا للمادة ٨٦ من الدستور) .

الثاني : هو القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها ، الصادرة عن السلطة المختصة بذلك على ما قدمنا . وفي كل الحالات فإن الثابت أن التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقواعد القانونية في أنظمة القانون اللاتيني (ومنها النظام القانوني المصري) أو هو المصدر الأصلي للقانون . وفي كل الحالات فقد بلغ التشريع منزلته ، كمصدر رسمي أول ، تعتبر المصادر الأخرى إلى جانبه ، مصادر احتياطية لأنه يتميز بمزايا عدة ، تفوق مزايا المصادر الأخرى . وإن اتجه رأى بأن للتشريع بعض العيوب[1]

---

(١) وإن لاحظنا ، أن كاربونييه فقيه القانون المدني الفرنسي يسميه بالنصوص اعتبارا بأنه لا يوجد مصدر من مصادر القانون يمكن التعبير عنه باصطلاح النصوص Le[illegible] textes غير التشريع .

أنظر مؤلفه " القانون المدني " ج١ ، ص٨١ ، وما بعدها .

وفيما يلى نتناول بداية مزايا التشريع ، ثم عيوبه .

١- مزايا التشريع :

٨٣- أولى مزايا التشريع ، سهولة استخلاص القواعد القانونية التى يتضمنها بما يوفره ذلك من توفير الجهد ، والوقت على القاضى ، والفقيه أو الباحث . ويرجع ذلك إلى سببين : الأول ، أنه مكتوب ، والثانى ، أن سن التشريع تقوم به سلطة مختصة ، تحرص - بالتالى - على صياغته بطريقة واضحة ، وكاملة ، تعبر عن إرادة المشرع . وليس معنى ذلك أن التشريع لا يثير مشكلات فى تطبيقه أو تفسيره ، وإنما المقصود أن هذه المشكلات تكون أقرب إلى الحل عندما يتعلق الموضوع بالتشريع .

وكذا يتميز التشريع ، بسرعة نشأته ، وتعديله ، وإلغائه ، بما يوفره ذلك من القدرة على مواجهة الظروف المتغيرة ومواجهة الحاجات المستجدة بما يسمح بالقول أن التشريع أداة ، سهلة ميسورة . يواجه بها المجتمع تغير الظروف ، أو حاجات التطور. وقد اتضح ذلك بصورة لا تخفى على أحد فى مصر - فى الفترة الأخيرة ،حيث استخدم التشريع أداة ، يتحول بها الاقتصاد من سيطرة الدولة ، أو القطاع العام ، إلى الاقتصاد الحر ، الذى يقوم على المنافسة الحرة ، وعلى التخصصية . كما استخدم من قبل ، أداة ، تحولت بها

مصر - من الاقتصاد الحر إلى الاقتصاد الموجه - (في الفترة من ١٩٥٢ حتى ١٩٧٤) . ويستخدم في الوقت الحاضر ، أداة يتحول بها الاقتصاد المصري من المحلية أو الإقليمية إلى الدولية في تعبير عن عمق واتساع التدفقات الدولية في مجالات التجارة ، والمال ، والمعلومات في سوق عالمية واحدة ، أو متكاملة . وعليه يمكن فهم مبررات صدور قوانين غسيل الأموال، وحماية الملكية الفكرية حديثاً .

كذا ، يتميز التشريع ، بأنه أداة لتوحيد القواعد القانونية داخل الدولة الواحدة ، حيث أن المنوط بسن التشريع - السلطة التشريعية التي تبسط سلطاتها على جميع أنحاء الدولة ، ولا يخفى ، يساعد التوحيد القانوني ، على التوحيد السياسي .

٢- عيوب التشريع :

٨٤- ذكرنا بأن التشريع يتضمن قواعد قانونية مكتوبة ، بما قد يخشى منه أن تصبح القواعد القانونية جامدة ، لا تقدر على مواجهة ظروف المجتمع وحاجاته وخصوصا ، إن لم يكن المشرع ، على دراية بالظروف المتطورة، والحاجات الطارئة . وبعبارة أخرى فإن وجود نصوص مكتوبة قد يضفي عليها هالة من القداسة ، تؤدي بالتشريع إلى الجمود .

والرأى عندنا ، أن حمود التشريع ، ليس عيبا فى التشريع ذاتـــه ، بـل ينسب للجهة المختصة بسن التشريع .

كذا ، قد يدعى بأن التشريع لا ينشأ نشأة ذاتية ، وبالتالي ، فقد لا يكـــون ملائما لحاجة المجتمع ، أو ظروفه ، وهو عيـــب ، كســابقة ، ينســب إلـــى المشرع ، لا إلى التشريع ذاته .

المطلب الثانى

أنواع التشريع

٨٥- يتدرج التشريع " أو القانون المكتوب " من حيث قوته إلـــى ثلاثـــة أنواع ينظمها ما يمكن تسميته بالهرم التشريعى ، أعلاه التشريع الأساســـى أو الدستور ، ثم يليه التشريع العادى ، وفى قاعدة الهرم التشـــريعى ، التشـــريع الفرعى أو اللوائح . ويتم وضع الدستور إما بطريق المنحة من الحاكم ، وإمـــا بطريق العقد ، أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة ، أو عن طريق الأستفتاء العام . أما التشريع العادى فيصدر عن السلطة التشريعية بينما تصدر اللوائـــح أو التشريعات الفرعية عن طريق السلطة التنفيذية .

ويترتب على تدرج التشريع فى القوة ، وجوب تقيد كل صورة من صـــور التشريع بما يعلوها . بمعنى أنه لا يجوز أن يصدر تشـــريع عـــادى يخـــالف التشريع الدستورى ، وإلا أمكن الطعن عليه بعدم الدستورية ، ولا يجـــوز أن يصدر تشريع فرعى يخالف التشريع العادى ، ولا التشـــريع الدســـتورى وإلا طعن عليه بعدم الشرعية .

وتفصيل ذلك ، كالآتى بيانه :

المحور الأول – الدستور (التشريع الأساسى) :

٨٦- الدستور – على ما ذكرنا – هو الذى يبين شكل الدولـــة ، ونـــوع الحكم فيها ، والسلطات العامة ، واختصاصـــات كـــل ســـلطة ، والحقـــوق ، والحريات الأساسية للمواطنين .

ويختلف التشريع الأساسى ، أو الدستور عن التشريع العادى ، فى طريقة وضعه ، فبينما تختص السلطة التشريعية ، بإصدار التشريع العـــادى ، فـــإن التشريع الأساسى يوضع إما بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة مـــن الشـــعب أو عن طريق استفتاء الشعب مباشرة بعد إعداده بواسطة هيئة تقوم بتحضـــيره[1] أو فى شكل منحة من الحاكم وأما بطريق العقد بين الحاكم المطلـــق وممثلـــى الشعب . وأخذاً من نص المادة ١٩٣ من الدستور المصرى فإنه يعمل به مـــن تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء . أما عن كيفية تعديل الدســـتور فهى تختلف بحسب ما إذا كان الدستور جامداً أو مرناً ، والدستور جامد فـــى الدول التى تأخذ بمبدأ تدرج التشريعات وعندها ، لا يعدل الدســـتور إلا بعـــد اتخاذ إجراءات أكثر صعوبة من التى تتخذ بصدد تعديل التشريعات العاديـــة . ومن أمثلة الدساتير المرنة ، الدستور الإنجليزى.

---

(١) وبهذه الطريقة صدر الدستور المصرى فى سبتمبر ١٩٧١ .

وإذا كان الدستور جامداً نشأت الحاجة إلى الأخذ بمبدأ رقابـــة دســـتورية القوانين ، بعكس الحال فى الدساتير المرنة ، حيث يكون للقانون العادى تعديـل الدستور ، فلا حاجة إذن للأخذ بمبدأ رقابة دستورية القوانين .

ولما كان التشريع الأساسى ، على قمة الهرم التشـــريعى ، فتتقيـد بـــه التشريعات الأخرى ، بحيث لا يصح أن يصـــدر تشـــريع عـــادى ، يخـــالف الدســـتور وإلا أمكن الطعن عليه ، بعدم الدستورية ، وفقا لقواعد وإجــراءات محددة من اختصاص محكمة خاصة هى المحكمة الدستورية العليا . كذا يجــب أن يتقيد التشريع الفرعى بالتشريعين العادى والدستورى معاً .

المحور الثانى : التشريع العادى :

٨٧- التشريع العادى، هو الذى تضعه السلطة المخولة بإصدار التشـويع. ويسمى عادة بالقانون . فيكون ذلك هو المعنى الضيق للقانون ، يختلف عـــن المعنى الأعم للقانون ، باعتباره مجموعة القواعد القانونية التى تنظم الســـلوك الاجتماعى ، وتقترن بجزاء مادى ، وحال ، ومنظم ، أيا كان مصدرهـــا ، أى سواء كان مصدرها التشريع ، أو غيره . والأصل أن التشريع يتضمن قـــاعدة قانونية يتوفر لها خصائصها ، ومع ذلك فإن بعض التشريعات الصادرة عـــن السلطة التشريعية لا يتوفر لها خاصية العمومية والتجريد . لذا يطلـــق عليـــها تشريعات من الناحية الشكلية وحدها لأنها صادرة من الســـلطة التشـــريعية ، لكنها لا تتضمن قاعدة قانونية عامة مجردة . ومثال ذلك ، أن يصدر تشـــريع عن البرلمان بمنح وسام لشخص معين بالذات ، أو يصدر تشريع بمنح امتيـــاز البحث عن النفط لشركة معينة بالذات ... فهى تشريعات تفتقد إلى العموميـــة والتجريد . وتأكيداً لذلك وتفصيلا له ، ذهبت محكمة النقض المصريـــة بـــأن قانـــون ربط الميزانية العامة لا يعتبر قانوناً إلا من الناحية الشكلية [1] أما من

---

(١) نقض ١٩٦٠/٤/٣٠ أحكام النقض ، س١١ ، ص٢٥٧ ، مشار إليه فى :سمير تناغو ، ص٢٩١ ، بند ٩٠ .

الناحية العملية فهو عمل مقصدى إدارى .

وبذا تنحو محكمتنا العليا إلى التفرقة بين مصدر القانون ، وبين تطبيقه على حالة معينة . فبينما يرى البعض – بحق – أن القانون يشتمل على قواعده القانونية بالمعنى الضيق للكلمة – وبين تطبيقاته على الحالات غير المحددة [١].

ذكرنا أن التشريع العادى ، يصدر أخذا من المادة ٨٦ من الدستور ، من السلطة التشريعية (مجلس الشعب).ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مهم، حيث أجاز الدستور للسلطة التنفيذية ، ممثلة فى رئيس الجمهورية إصدار تشريعات ، يكون لها قوة التشريع العادى وتسمى قرارات بقوانين وذلك فى حالتين ، ورد النص عليهما على سبيل الحصر ، هما ، حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

أولا : حالة الضرورة :

٨٨- نصت م ١٤٧ من الدستور على أنه " إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس

---

(١) وهو ما يعرف بنظرية كلسن ، التى عرض لها سمير تناغو فى مقدمة النظرية العامة للقانون ، بند ٣ وبعده .

الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون " .

والمهم ، أنه يتعين على رئيس الجمهورية التريث ، فلا يصدر قــرارات لها قوة القانون ، حتى فى غيبة مجلس الشعب ، فى مسائل لا تستدعى اتخــاذ تدابير لا تحتمل التأخير . أى لا يصدرها فى غير حالة الضرورة باعتبــار أن ذلك يعتبر أمراً استثنائيا . كما يراعى من ناحية أخرى أن رئيس الجمهوريــة فى إصدار قرارات لها قوة القانون لا يكون عضوا فــى الســلطة التشــريعية ولكن باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية .

وعلى أية حال ، فإن النص المذكور ، قد أوجب عرض هذه القــرارات بقوانين على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تــاريخ صدورهــا إذا كان المجلس قائما . أو فى أول اجتماع للمجلس إن كان فى حالــة الحــل أو وقف الجلسات وهذا هو إجراء لازم لتوفير ضمانات إخضاع قــرار رئيــس الجمهورية لرقابة البرلمان اللاحقة . فإذا لم يتبــع الإجــراء الســابق ، ولــم تعرض على المجلس أو عرضت ولم يقرها المجلس ، اعتبرت كأن لم تكــن ، بأثر رجعى ما لم ير المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تســوية مــا ترتب على آثارها بوجه آخر ما لم ير المجلس اعتماد نفاذه فى الفترة الســابقة، أو تسوية ما يترتب على آثاره بوجه آخر[١] .

---

(١) تناغو ، ص٣٢٥ ، بند ٩٩ .

وأخيراً ، يجب أن يصدر تشريع الضرورة موافقاً للدستور ، وتفسير ذلك أن التشريع العادى ت أى الصادر عن السلطة التشريعية لا يملك أن يخالف الدستور . ومن باب أولى لا يجوز للسلطة التنفيذية وهى تحل محل السلطة التشريعية فى سن التشريع أن يخالف الدستور ، وبمعنى آخر ما لا يجوز للسلطة الأصيلة " البرلمان " لا تملكه سلطة بديلة " السلطة التنفيذية "

ثانيا – التفويض :

٨٩- نصت م ١٠٨ من الدستور على أنه لرئيس الجمهورية عند الضرورة ، وفى الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة . وإن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . فإذا لم تعرض ، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون .

والفرق بين تشريعات الضرورة ، وتشريعات التفويض أن الأولى ، لا يصدرها رئيس الجمهورية إلا فى غيبة مجلس الشعب. بينما الثانية ، يصدرها رئيس الجمهورية حال قيام المجلس وليس فى غيبته .والأولى تستمد مبرراتها

من حالة الضرورة ، بل الثانية تستمد أساسها من حالة الضرورة ، والتفويض الصريح من البرلمان إلى السلطة التنفيذية بإصدار هذا التشريع . وأخيراً فإن الذى يقدر حاله الضرورة فى الأولى رئيس الجمهورية ، ويقدرها فى تشريعات التفويض مجلس الشعب نفسه

ولا يجوز لرئيس الجمهورية إصدار التشريعات التفويضية إلا إذا توافرت الشرائط الآتية :

١- لا يتم التفويض إلا عند الضرورة . أو فى الظروف الاستثنائية ، فهذه الأحوال هى التى تبرر منح التفويض، بما فى ذلك الحروب ، والأزمات الاقتصادية .

٢- أن تتوافر أغلبية خاصة على التفويض هى ثلثى أعضاء المجلس وبالتالى فثلثى الحاضرين منهم فقط لا تكفى . ومن باب أولى فإن الأغلبية العادية لا تكفى لمنح رئيس الجمهورية التفويض .

٣- أن تحدد مدة التفويض كشهر مثلا أو سنة أو نحو ذلك .

٤- أن تبين موضوعات التفويض،كالتعليم أو الصحة أو التموين ... وغير ذلك .

٥- أن تعرض القرارات التى يصدرها رئيس الجمهورية على المجلس فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . وإلا زالت بأثر رجعى .

٦- وأخيراً ، فلا يجوز لتشريعات التفويض أن تخالف الدستور ، وهى فى ذلك لا تختلف عن تشريعات الضرورة ، أو التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية .

الرقابة على صحة التشريع الفرعى :

٩٠- لما كان التشريع العادى ، فيما ذكرنا ، أعلى مرتبة - فى الهرم التشريعى من التشريع الفرعى ، فإن للمحاكم العادية الحق فى الامتناع عن تطبيق اللائحة التى تخالف التشريع العادى ، أو التشريع الدستورى - بطبيعة الحال .

- **وفى الحالة الأولى** ، تسمى اللائحة بأنها غير شرعية ، وفى الحالة الثانية تسمى بأنها غير دستورية .

وللمحاكم، أن تراقب شرعية اللوائح ، ودستوريتها ، فتمتنع عن تطبيقها، إذا كانت تخالف التشريع العادى ، أو التشريع الدستورى . دون طلب من جانب أحد الخصوم لأن شرعية اللوائح ، ودستوريتها من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

كذا ، خول قانون مجلس الدولة (رقم ١٩٥٩/٥٥) المحـــاكم الإداريــة الحق فى إلغاء اللوائح المخالفة للقانون (التشريع العادى)أو الدســتور . إمـــا بطريق مباشر ، أى يرفع دعوى مستقلة لإلغاء اللائحة المخالفة ، خلال ســتة أشهر من تاريخ نشر اللائحة . وإما بطريق غير مباشـــر ، أى بتظلـم أحــد الأشخاص من قرار إدارى صدر تطبيقا للائحة مخالفة للقانون ، أو الدستور .

المحور الثالث : التشريع الفرعى أو اللائحى: Les reglements

٩١- هو التشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية ، إما لتنفيذ التشـــريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية ، فتسمى باللوائح التنفيذية . أو لتنظيـم، وترتيب المصالح والإدارات الحكوميـــة ، فتســمى بـــاللوائح التنظيميـــة . أو للمحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة ، فتسمى بلوائـــح الضبــط أو البوليس . وتشمل اللائحة على قواعد عامة مجردة، وبذا تختلف عن القرارات الإدارية الفردية الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن أشخاص معينين بالذات .

كما نلفت النظر بأن اختصـــاص الســلطة التنفيذيـــة بشـــأن تشــريعات الضرورة وتشريعات التفويض استثنائى ، أما اختصاصها بشـــأن التشـــريعات الفرعية أو اللوائح فهو اختصاص أصيل ، لا تحل فيه محل سلطة أخرى .

ونعرض فيما يلى للوائح التنفيذية ، والتنظيمية ، ولوائح الضبط . علـــى التفصيل الآتى بيانه :

أولا - اللوائح التنفيذية :

٩٢- هى اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذيـــة لوضـــع التشـــريعات العادية موضع التنفيذ. وتفسير ذلك،أن التشـــريع العـــادى يصـــــدر لينظـــم القواعـــد الأساسية للموضوعات التى ينظمها . أما المسائل التفصيلية فيتركـــها

للسلطة التنفيذية لتصدر بشأنها لوائح تنفيذية ، تضع التشريع العادى موضـــوع التنفيذ أو تيسر تطبيقه . إنما لا يجوز للوائح التنفيذية أن تغير مـــن التشـــريع العادى ، أو تعدل فيه بالحذف أو الإضافة أو التعطيل أو الإلغـــاء وإلا كـــانت باطلة ، ولا أثر لها . ولذا نصت المادة ١٤٤ من الدستور علـــى أن رئيـــس الجمهورية يصدر اللوائح التنفيذية لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيـل لها أو إعفاء من تنفيذها "

ونلفت النظر إلى أن الجهة التى يناط لها ، إصدار اللوائح التنفيذية هـــى الجهة التى يحددها التشريع العادى نفسه . فإن خلا التشريع العادى من نـــص بهذا الخصوص ، انعقد الاختصـــاص بإصـــدار اللائحـــة التنفيذيـــة لرئيـــس الجمهورية ، أو من يفوضه فى ذلك .

ثانيا : اللوائح التنظيمية :

٩٣- والمقصود منها ، القرارات التـــى تنظـــم المرافـــق ، والمصـــالح العمومية ، بما فى ذلك الوزارات ، وإداراتها المختلفة ، والجامعات ، وتصـــدر عن السلطة التنفيذية استقلالاً من أى قانون معين بالذات .

وينعقد الاختصاص بإصـــدار اللوائح التنظيمية لرئيـــس الجمهوريـــة وحده بحيث لا يجوز له أن يفوض غيره فى إصدارها . ولـــذا ، ورد نـــص

المادة ١٤٦ من الدستور بأن رئيس الجمهورية يصدر القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق ، والمصالح العامة .

وبعكس اللوائح التنفيذية ، لم يخول الدستور لرئيس الجمهورية تفويض غيره فى إصدار اللوائح التنظيمية ، اعتباراً بأنها أكثر خطورة من اللوائح التنفيذية ، فهى تصدر غير مستندة إلى قانون تعمل على تنفيذه . وزاد من خطورتها أن الدستور منح السلطة التنفيذية صراحة الحق فى إنشاء الحق فى إنشاء مرافق عامة جديدة[1] .

الفرق بين اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية . أن الأولى ، لا تصدر مستقلة ، بل تستند على تشريع عادى ، تضعه موضوع التنفيذ . أما الثانية ، فتنشأ مستقلة بذاتها ، لا تستند إلى تشريع قائم .ويجوز فى الأولى لرئيس الجمهورية تفويض غيره فى إصدارها ، ولا يكون له التفويض فى الثانية .

ثالثا : لوائح الضبط أو البوليس :

٩٤- هى القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بهدف المحافظة على الأمن، والسكينة ، والصحة . ومن الأولى ، لوائح المرور مثلا ، ومن الثانية ، اللوائح الخاصة بالمحلات المقلقة للراحة . ومن الثالثة القرارات الخاصة بمراقبة الأغذية ، أو الأدوية ، أو الباعة الجائلين . ولوائح الضبط والبوليس ،

---

(١) ولم يرد نص بذلك فى الدستور السابق .

شأنها شأن اللوائح التنظيمية يختص بإصدارها رئيس الجمهورية وحـــده ، ولا يفوض فى إصدارها أحد أخذاً من نص للمادة ١٤٥ من الدستور .

المطلب الثالث

سن التشريع ونفاذه

التشريع فيما رأينا أنواع ثلاثـــة : التشـــريع الأساســـى (أو الدســتور) والتشريع العادى ، والتشريع الفرعى ، أو اللائحى. وقد انتـــهينا إلـــى بيـــان السلطة المختصة بسن الدستور إما بواسطة جمعيـــة تأسيســـية منتخبـــة مـــن الشعب، أو بطريق الاستفتاء الشعبى ، أو منحه من الحاكم .

وانتهينا إلى تحديد السلطة المختصـــة بوضـــع التشـــريع الفرعـــى ، أو اللائحى وهى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية باعتباره رئيســـاً للســـلطة التنفيذية أو من يفوضه فى اللوائح التنفيذية ورئيس الجمهوريـــة وحـــده فـــى اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط أو البوليس) .

ويبقى أن نتناول كيفية سن التشريع العادى ، ونفاذه ، ومبدأ عدم جـــواز الاعتذار بجهل القانون . وذلك على النحو الآتى :

المحور الأول : كيفية سن التشريع العادى ونفاذه :

٩٦- سن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية التى يمثلها مجلس نيابى منتخب ، هو فى مصر مجلس الشعب .

والثابت أن السلطة التنفيذية ليست بمنأى عن المشاركة فى سن التشريعات التى تريدها . فرئيس الجمهورية له الحق فى اقتراح القوانين ، والاعتراض عليها، وهو الذى يقوم بوصف رئيساً للسلطة التنفيذية بإصدارها، ثم نشرها بعد ذلك . ولذا ، تصدر التشريعات التى تريد السلطة التنفيذية إصدارها ، ويمكن أن تتعطل عملاً تشريعات أخرى لا ترغبها السلطة التنفيذية . ومع ذلك يمكن للمجلس جعل التشريع معبراً عن رأيه وحده ، شريطة أن تتوفر لديه الإرادة لذلك .

ونلفت النظر إلى أربع مراحل يمر بها التشريع ، ليصبح بعدها واجب النفاذ . وهذه المراحل هى الاقتراح ، والتصويت ، والإصدار ، والنشر . والمرحلتان الأولى والثانية يطلق عليهما سن التشريع بالمعنى الضيق للكلمة ، أما المرحلتان الثالثة والرابعة فتسمى بمرحلة نفاذ التشريع .

١) مرحلة الاقتراح : La Proposition

٩٧- المقصود بالاقتراح ، التقدم بمشروع القانون إلى السلطة المختصة

بسن التشريع العادى (وهى مجلس الشعب) . وحق الاقـــتراح مقـــرر لكــل عضو من أعضاء المجلس ، ولرئيس الجمهورية ، فإذا كان الاقتراح مقدمـــا من أحد أعضاء مجلس الشعب ، فإنه يحال أولا إلى لجنة الاقتراحات لفحصه، بغرض النظر فى مدى صلاحيته للعرض على المجلس . بحيث لا يتم إحالتـــه إلى اللجنة البرلمانية المختصة إلا إذا كان صالحا للعرض . وأخذاً من نـــص المادة ١١١ من الدستور فإن أى مشروع بقـــانون اقترحـــه أحـــد الأعضـــاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية فى نفس دور الانعقاد .

وإذا كان الاقتراح مقدما من رئيس الجمهورية ، تعين إحالتـــه مباشـــرة إلى اللجنة البرلمانية المختصة ، لتقدم تقريرا عنه ، بعد فحصه ، يتـــم علـــى أساسه مناقشة المشروع فى المجلس (م١١٠ من الدستور) .

ومرد التفرقة بين الاقتراح المقدم من أعضاء المجلس ، والاقتراح المقـدم من رئيس الجمهورية ، أن الأول لا تتوافر له الإمكانيـــات الفنيـــة ، لإعـــداد الاقتراح فى صياغة دقيقة، لذا يحال اقتراحه إلى لجنة الاقتراحات لمراجعتـه ، بعكس الحال بالنسبة للاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية . فالفرض أنه أعـد إعدادا فنيا ، دقيقا فلا حاجة بالتالى ، لعرضه على لجنة الاقتراحات .

وننبه إلى أن الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية يسمى باسم (مشروع

بقانون).أما الاقتراح المقدم من أعضاء مجلس الشعب يسمى باسم(اقتراح بقانون)[1].

٢) مرحلة التصويت :

٩٨- **المقصود بالتصويت** : عرض مشروع القانون ، أو الاقتراح بقانون على مجلس الشعب ، بقصد أخذ الرأى عليه مادة ، مادة . وتتم الموافقة على المشروع ، أو الاقتراح بالأغلبية المطلقة للحاضرين (النصف + ١) وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة . وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع ، أو الاقتراح مرفوضا .

أما إذا حاز المشروع، موافقة الأغلبية المذكورة ، يرسل إلى رئيس الجمهورية الذى يكون من حقه الاعتراض عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه . فإذا لم يعترض عليه خلال المدة المذكورة اعتبر قانونا ، واصدر ، فإن اعترض عنيه ، وجب رده إلى المجلس خلال ثلاثين يوما لإعادة مناقشته من جديد فإن أقره بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس جميعا اعتبر

---

(١) ومع ذلك يسوى النص الوارد بالمادة ١١٠ من الدستورين الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية وبين الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب ويسميهما معا المشروع بقانون .

قانونا ، وأُصدر [١] .

٣) مرحلة الإصدار : La Promulgation

٩٩- المقصود بمرحلة الإصدار ، صدور أمر من رئيس الجمهورية بتنفيذ القانون الذى وافق عليه مجلس الشعب ، أى كقانون من قوانين الدولة . وهى مسألة تكتسب أهمية أخرى ، من ناحية أن الإصدار ، شهادة ميلاد للتشريع الجديد ، أو إعلان بأن السلطة المختصة قد أصدرت قانونا ، واجب النفاذ . فيما يسميه البعض[٢] بأنه يشبه الصيغة التنفيذية التى توضع على الأحكام القضائية .

ونلفت النظر بأن مرحلة الإصدار ، من عمل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) تأتى بعد إتمام مرحلة سن التشريع[٣] . أى بموافقة

---

(١) المادة ٢/١٧ من الدستور .

(٢) سمير تناغو ، ص٣١٢ ، بند ٩٦ .

(٣) ولا حاجة لإصدار الدستور ، ولا اللوائح . فالأول إذا وضع بالطريق الديمقراطى ، بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق الاستفتاء العام ، فلا حاجة إلى الاستعانة برئيس الجمهورية لوضع الدستور موضع التنفيذ بإصداره، لأن إرادة الشعب تسمو فوق السلطات الثلاث بل هى التى تنشئها . وأما اللوائح ، فلا حاجة فيها للإصدار لأن السلطة التى وضعتها " السلطة التنفيذية " هى ذاتها التى تقوم بتنفيذها . والمعنى أن السلطة التى وضعت اللائحة ، لا يطلب منها أن تصدر أمر تنفيذها .

رئيس الجمهورية عليه ، أو بعدم اعتراضه عليه خلال المـــدة المحـــددة ، أو حتى بعد الاعتراض عليه ، وإقراره – مرة أخرى – من المجلـــس بأغلبيـــة خاصة .

ويثور التساؤل ، بصدد ما إذا كان يتعين على رئيس الجمهورية إصـــدار التشريع خلال مدة محددة ؟ الواقع أنه لا يوجد نص بالدستور يوجـــب علـــى رئيس الجمهورية إصدار التشريع خلال مدة معينة . إنما يتعين علـــى رئيـــس الجمهورية إصدار التشريع خلال مدة معقولة .. حتى لا يتعطل تنفيذ القـــانون الذى أقره مجلس الشعب بما يتضمنه ذلك من اعتداء من السلطة التنفيذية علـــى السلطة التشريعية . وبعبارة أخرى ، يصبح إصدار التشريع ، فـــى الغـــرض المطروح واجباً على رئيس الجمهورية وليس حقاً له . ومخالفة هذا الواجـــب يمكن أن تؤدى إلى المساءلة الدستورية (م٧٩ من الدستور) .

٤) مرحلة النشر ونفاذ التشريع :

١٠٠- إذا كان الإصدار مهما لنفاذ التشريع . إلا أنه لا يجوز أن يطبـــق هذا التشريع إلا إذا تيسر على الناس كافة العلم بـــه . وأداة أو وســـيلة العلـــم بالتشريع هى نشره La Publication . فنشر التشريع إذن إجراء بـــه يتمكـــن الأفراد من العلم بالقانون ، الذين يلتزمون باتباع أحكامه .

ويتم نشر التشريع فى جريدة مخصصة لنشر القوانين ن هـــى الجريـــدة الرسمية . لا يغنى عن النشر فيها مثلا ، نشر التشريع فى الصحف اليوميـة أو الأسبوعية ، أو الوسائل السمعية ، أو البصرية .. ونحو ذلك . وبعبارة أخــرى فإن القانون الذى لا ينشر بالجريدة الرسمية ، لا يلتزم الأفراد به .

وأخذا من نص المادة ١٨٨ من الدستور يتعين نشر القوانين فى الجريـــدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها .

والأصل أن التشريع لا يعمل به إلا بعد شهر من اليوم التــــالى لتـــاريخ نشره ، وحتى تتاح الفرصة ، أمام الناس للعلم به ، اعتبارا بأن العلم بالتشـــريع لا يتحقق فور نشره . لذا حدد الدستور مدة شهر مــــن اليـــوم التـــالى لنشـــر التشريع حتى يصبح نافذا فور انقضائه ، ولا يدخل يوم النشر إذن فى حســـاب الشهر المذكور ، بل لابد من انقضاء شهر كامل من اليوم التالى ليوم النشر .

ومع ذلك ، قد يطيل التشريع مدة نفاذه ، بحيث تزيد عــــن مـــدة الشـــهر المـــذكورة ، فيما يتعلق بالقوانين الأساســية العامة ، بما فى ذلك مثلا قـانون المرافعات ، وقانون التجارة الجديد ، والقانون المدنى .

وقد يحدث العكس ، عندما تقتضى المصلحة العامة تعجيل العمل ببعــض القوانين فينص التشـــريع على أن يعمل به بعد مضى أسبوع أو أسبوعين من

تاريخ نشره ، أو ينص على أن يعمل به فى اليوم التالى لتاريخ نشره .

ويبقى أن نؤكد أن النشر إجراء لازم لنفـــاذ التشـــريعات جميعـــا . أى التشريع الأساسى ، (والدستور) أو التشريع العادى ، أو التشـــريع الفرعـــى (اللائحى) . وأن النشر بالجريدة الرسمية ، هو الإجراء الذى يجعل التشـــريع نافذا ، واجب العمل به ، بحيث يلتزم الجميع باحترامه (سواء من علم بـــه ، أو من لم يعلم به) .فنشر التشريع فى ذاته قرينة على افتراض العلـــم بـــه ، وهى القرينة التى يقوم على أساسها مبدأ ، عـــدم جـــواز الاعتـــذار بالجـــهل بالقانون على ما يتضح فيما يلى :

المحور الثانى : قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

١٠١- إذا كانت القاعدة - فيما ذكرنا - أن نشر التشريع فـى الجريـدة الرسمية قرينة قاطعة على علم الجميع به ، بحيث لا يستطيع أحد أن يدعـى - بعد ذلك - عدم علمه بالقانون . فإن هذه القاعدة ، يكملها قاعدة أخرى ، هـى عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . أى لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهل القـاعدة القانونية ، للتهرب من أحكامها (١).

وتقوم القاعدة على أساس من المنطق ، فلا يمكن أن يحمل القانون إلـى علم كل شخص على حده . وإذا أجيز للناس ، الاعتذار بالجـهل بالقـانون ، للتهرب من أحكامه ، فقدت القاعدة القانونية صفة العمومية بمـا يـؤدى إلـى الفوضى وزعزعة المعاملات والإخلال بالثقة الواجبة فى القانون. وقد يدعـى - بهذا الخصوص - أنه ليس من العدالة أن يخضع الأفراد لقواعد قانونيـة لا يعلمون عنها شيئا ومردود على ذلك باستحالة وصول النصوص القانونية فـى المجتمعات الحديثة إلى علم الناس كافة ، لذا اقتضت المصلحة العامة وضـع هذا المبدأ ، حتى لا يفلت البعض من أحكام القانون بحجة عدم العلم به . لـذا فالمبدأ عام بحيث لا يصح للشخص الاحتجاج بعدم علمه بالقانون لغيبته خارج

---

(١) لاروميه / ص ٩٥ وما بعدها .

البلاد مثلا أو لمرضه ، أو لعدم إلمامه بالقراءة .... إلخ[1] .

ونلفت النظر إلى مسألتين : **الأولى** ، أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تشمل التشريع بأنواعه الثلاثة ، أى الدستور ، والقانون ، واللوائح . بل يشمل المصادر الاحتياطية الأخرى للقواعد القانونية ، بما فى ذلك العرف، ويشمل كذلك جميع أقسام القواعد القانونية ، أى سواء كانت من القانون العام أو القانون الخاص . وسواء كانت آمرة أو مكملة ، وإجمالا ، تمتد القاعدة لتشمل التشريع أيا كان نوعه ، أو مصدره ، أو أقسامه، وفى الحالة الأخيرة ، أيا كان أساس التقسيم .

والمسألة الثانية : أن القاعدة محض خطاب موجه من المشرع إلى القاضى ، والأفراد . فالأول ملزم بالعلم بالقانون، وتطبيقه من تلقاء نفسه .

أما الناس كافة ، فيلتزمون بالتشريع ، بحيث لا يجوز لأحد الاعتذار بجهل أحكامه للتهرب منه .

وبرغم أن قاعدة ، عدم جواز الاعتذار بجهل التشريع لا استثناء عليها . فإن المستقر عليه فى الفقه والقضاء أن القاعدة لا تنطبق فى الحالات التى يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية إلى إقليم ما ، أو منطقة ما

---

(١) تناغو ، ص٦١٠ ، بند ١٨٥ .

لأسباب قهرية ، كحرب ، أو كارثة طبيعية ، زلزال ، فيضان .. الخ .

والحكمة من تقرير هذا الاستثناء لا تخفى . فقد رأينا بأن وصول الجريدة الرسمية يمنح الأفراد فرصة للعلم بالقانون فإن تعذر ذلك ، لن تكون هذه الفرصة قائمة ، لذا كان منطقيا ، أن يسمح لهم . فى هذه الظروف الاستثنائية – الجهل بأحكام القانون . وهو استثناء لا ينطبق على المصادر الرسمية الأخرى للقواعد القانونية .

وثمة استثناء آخر من قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، مورده أن الغلط الشائع يمكن أن يولد الحق بمعنى أنه يسمح أحياناً بالإفلات من حكم القانون ، وقد يتمثل الغلط فى الشائع فى تفسير نص قانونى يترتب عليه نتائج غير صحيحة . وقد يقع الغلط فى نشر القانون ، وهو غلط مادى يجب تصحيحه . ولكن هذا التصحيح إذا تم فإنه لا ينطبق على التصرفات التى تمت طبقاً للنص المغلوط السابق نشره [١].

وقد يتمثل الغلط الشائع الذى يولد الحق ، ويؤدى إلى الإفلات من القانون فى واقعة من الوقائع بما فى ذلك مثلا الوكيل الظاهر ، والدائن الظاهر ، والوارث الظاهر . وفيها جميعا يتم الإبقاء على مركزه أو على حق خاص ،

---

(١) تناغو ، بند ٩٨ .

على خلاف ما يقضى به القانون . وتفسير ذلك فـــى الوكالـــة الظـــاهرة ، أن الوكيل ، قد تنتهى وكالته من قبل موكله ، دون أن يعلم هو أو من يتعاقد معـــه بانتهاء الوكالة ، ويسمى الوكيل فى هذه الحالة بالوكيل الظاهر ، وقـــد جعـــل المشرع المصرى تصرفاته منتجة لآثارها فى حق موكله ، حماية للثقـــة فـــى المعاملات أخذا من نص المادة ١٠٧ من القانون المدنى .

وبالنسبة للدائن الظاهر ، فقد نصت المادة ٣٣٣ مدنى على صحة الوفـــاء له لمجرد أنه يظهر أمام الناس على أنه الدائن الحقيقى دون أن يكون كذلك .

وبالنسبة للوارث الظاهر ، فقد نص القانون على نفاذ رهنه فى مواجهـــة المالك الحقيقى للعقار ، حماية للأوضاع الظاهرة ، والثقـــة المشـــروعة فـــى المعاملات .

ومجمل ما تقدم إذن ، أن القانون لا يطبق على الحالات الخاصـــة التـــى يتوفر فيها الغلط الشائع ، سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون .

وفيما عدا ذلك ينطبق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على كافة قواعده ، أيا كان مصدرها ، أى سواء كان مصدرها التشـــريع أو العـــرف ، وأيا كانت قوتها ، أى سواء كانت آمرة ، أو مكملة. ومع ذلـــك ، فقـــد ثـــار خلاف فى الفقه بخصوص مدى تطبيق المبدأ على القواعد المكملـــة . فاتجـــه

البعض إلى صحة الاعتذار بجهل هذه القواعد [1] اعتبارا بأنه يمكـــن إبطـــال العقود لما يقع فيه المتعاقد من غلط من القانون ، والقانون فى هـــذه الحالـــة ، يجيز للشخص أن يحتج بغلطه فى القانون.. لذا ذهب هؤلاء إلى أن الغلط فـــى القانون يعنى الخروج على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، بالنسـبة للقواعد المكملة .

وحقيقة الأمر ، أن الرأى السابق ، نخلط بين مسألتين هما عـــدم جـــواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، والغلط فى القانون ، وهو ما نفصله علـــى النحـــو الآتى .

– مقارنة بين قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القـــانون والغلـــط فـــى القانون :

١٠٢– ثمة فرق مهم بين قاعدة عدم جواز الاعتـــذار بجـــهل القـــانون والغلط فى القانون . ذلك أن من يتمسك بالاعتذار بالجهل بالقانون يهدف إلـــى استبعاد تطبيق حكم القانون عليه . بينما من يتمسك بالغلط فى القانون يســـعى إلى تطبيق حكم القانون عليه. ومثال ذلك أن يرث الشخص حصة فى التركـة. اعتقاداً منه أن القانون يعطيه ربع التركة ،فإذا بالقانون يعطيه النصف، فيجوز

(١) السنهورى / المرجع السابق / جـ١/ بند ١٧٤.

له التمسك بحقه أمام المحاكم .

وجدير بالملاحظة أن الغلط فى القانون بذاته لا يكفى لترتيب آثاره فلابد من توافر شرائط عدة حتى يمكن للشخص الاحتجاج بالغلط فى القانون أهمها، أن يتوافر فى الغلط فى القانون شروط الغلط فى الواقع . وأن يكون الغلط فى قاعدة قانونية ليست محلا للخلاف عليها فى الفقه والقضاء ... المادة ١٢٠ وما بعدها من القانون المدنى .

لذا يتضح بأن الغلط فى القانون يختلف عن عدم الاعتذار بجهل القانون ، ولا محل لقصر عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على بعض القواعد دون البعض الآخر .

وأخيرا ، فإن الرأى الذى يتجه إلى جواز الاعتذار بالجهل بالقواعد القانونية المكملة يخلق تفرقة بين قواعد القانون ، وينفى صفة الإلزام عن القواعد المكملة ، وهو ما لم يقل به أحد . فشأنها شأن القواعد الآمرة ، تعتبر ملزمة بشرط عدم الاتفاق على مخالفة أحكامها .

والقول باستبعاد تطبيق القواعد المكملة فى حالة الجهل بها يعنى تعطيل تطبيق هذه القواعد القانونية فى أداء وظيفتها [١].

(١) توفيق فرج ، ص ٣٠٣ ، بند ١٩٤ .

المطلب الرابـــع

التقنـــــين

١٠٣- والتقنين ، جمع أو تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معيـــن من أنواع القانون بعد ترقيمها ، وتبويبها ، وترتيبها ، وإزالة التعـــارض بيـــن أحكامها فى مجموعة واحدة تسمى بالتقنين. ومعنى ذلك أن تجميـــع القواعـــد القانونية التى تنظم علاقات العمال بأصحاب العمل ، تسمى بتقنيـــن العمـــل . وجمع القواعد القانونية التى تحدد الجرائم ، والعقوبـــات المخصصـــة لـــها .. يسمى بتقنين العقوبات . وجمع القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التجاريـــة .. يسمى بتقنين التجارة . وهكذا .

وينقسم التقنين إلى رسمى ، وغير رسمى ، والأول عبارة عـــن تشـــريع تصدره السلطة المختصة ويجمع القواعد التى تتعلق بفرع من أفرع القـــانون كالتقنين المدنى ، وتقنين التجارة ، فالقواعد التى يشملها التقنين هـــى قواعـــد تشريعية . أما التقنين غير الرسمى فهو بعكس سابقه لا يصدر به تشريع بـــل يقوم به بعض الأفراد بصورة غير رسمية ومثال ذلك التقنين الـــذى وضعـــه الأقباط الأرثوذكـــس ١٩٥٥ - ومرشـــد الحيران الذى وضعه قدرى باشـــا ،

عندما جمع أحكام الشريعة الإسلامية .

والتقنين الرسمى بهذا المعنى،صورة من صور التشريع ، تقوم به السلطة المختصة (مجلس الشعب) وفقا للإجراءات التى رسمها القانون.

وقد انتشرت حركة التقنين فى مصر، فصدرت تقنينات عدة - فى مختلف أفرع القانون - أهمها التقنين المدنى ، الذى صدر ١٩٤٨ ، وعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩، وتقنين المرافعات الذى صدر فى ٧ مايو ١٩٦٨ ، وعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره، وكان أحدث التقنينات - فى مصر - التقنين البحرى رقم ١٩٩٠/٨ وتقنين التجارة الجديد رقم ١٩٩٩/١٧.

مزايا وعيوب التقنين :

١٠٤- نسارع إلى التنويه- فى البداية - بأن التقنين صورة من صور التشريع. لذا ، فمزاياه وعيوبه ، هى مزايا وعيوب التشريع .

على أن أهم المزايا التى تنسب للتقنين ، وساعدت فى انتشار حركة التقنينات ، أنه يساهم فى التعرف على حكم القانون بسهولة ويسر . فلا ريب بأن تجميع القواعد القانونية ، وترقيمها ، وتبويبها وإزالة التعارض بين

نصوصها – فى مدونة واحدة – يمهد الطريق للقاضى، والباحث ، أو الفقيه ، التعرف على حكم القاعدة القانونية .

كذا ، فالتقنين يساهم فى الاقتباس من القانون المقارن . فتستطيع البلدان الناشئة الرجوع – عند وضع تشريعاتها – إلى مدونات القوانين فى الدول الأخرى . لذا ، أخذ عن التقنين المصرى ، تشريعات الأردن ، وسوريا ، وليبيا ، والعراق ، والكويت مثلاً .

وأخيرا ، فالتقنين ، يساعد على وحدة القانون داخل الدولة بما يؤدى إلى وحدتها السياسية .

ومع ذلك نسب البعض إلى التقنين ، عدم المرونة ، والجمود ، بما يعوق القانون عن مسايرة التطور الاقتصادى ، أو الاجتماعى ، أو السياسى . وتفسير ذلك أن تدوين القواعد القانونية ، بعد جهد ، أو مشقة فى ترقيم نصوصها ، وتبويبها ، وإحداث التناسق فيما بينها ، قد يفضى إلى نظرة تقديس لهذه المدونة ، أى اعتبارها حوت كل شئ ، فلا يتعين المساس بها بالتعديل ، حتى ولو تغيرت الظروف الاقتصادية ، أو الاجتماعية ، أو السياسية ،التى يكرسها النص القانونى ، بما يؤدى فى النهاية إلى جمود القانون .

وقد سبق الرد على ذلك ، بأن الخشية من جمود التقنين ، مبالغة لا تعبر عن الواقع وإن حدثت فلعيب فى المشرع وليس فى التقنين ذاته .

وفى جميع الحالات ، يتعين حتى يحقق التقنين غايته ، أن يبتعد عن الإغراق فى التفصيلات ، وفى المسائل الجزئية ويقتصر على المبادئ ، أو القواعد العامة ، ويترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقه والقضاء لكى يزدهو. فيجارى التقنين عندئذ الحاجات والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المتغيرة .

وإذا اتضح بأن التقنين ، قد أصبحت نصوصه قديمة غير قادرة على مواجهة المشكلات المستحدثة ، تعين على المشرع مراجعته ، كما حدث فى الفترة الأخيرة ، فى مصر ، حيث ألغى المشرع تقنين التجارة المعمول به منذ ١٨٨٣ ، وأصدر تقنين التجارة الحديث ١٩٩٩/١٧ لأن الأول لم يعد يصلح لمواجهة متطلبات التجارة فى الوقت الحالى .

المطلب الخامس

إلغاء التشريع

Abrogation de la loi

تعريف الإلغاء :

١٠٥- ذكرنا بأن التشريع بعد نشره بالجريدة الرسمية ، ومضى المدة اللازمة للعمل به ، يصبح ملزما بالنسبة للجميع . ويظل الأمر على ذلك . إلى أن يتم إلغاءه . فإلغاء التشريع إذن ، هو رفع قوته الملزمة وإنهاء العمل به من تاريخ الإلغاء.

وترتيبا على ذلك ، فإن السلطة التى تملك إلغاء التشريع هى ذات السلطة التى سنته ، أو سلطة أعلى منها . بمعنى أن الدستور يلغى بتشريع دستورى ، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو بنص دستورى من باب أولى ، واللائحة تلغى بلائحة وبتشريع عادى أو بتشريع دستورى والعكس غير صحيح .

أولا : طرق الإلغاء :

١٠٦- أخذا من نص المادة الثانية من القانون المدنى ، يمكن إلغاء النص التشريعى بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو بانتهاء

الأجل المحدد فى القانون لسريانه ، وهذا هو الإلغـــاء الصريـــحabrogation expresse أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديـــم ، أو ينظـــم من جديد ذات الموضوع . الذى سبق أن نظمه ذلك التشريع وهذا هو الإلغـــاء الضمنى Obrogation Tocite .

وبذا يبين بأن الإلغاء إما أن يكون صريحا ، أو ضمنيا على مـــا نفصلـــه فيما يلى :

المحور الأول : الإلغاء الصريح :

١٠٧- يكون الإلغاء صريحا، على ما ورد بالمادة المذكورة ، بإحدى طريقتين :

الأولى ، أن يصدر قانون جديد ينص صراحة على إلغاء حكم قانون سابق عليه . ويضرب الفقه مثلا على ذلك بالقانون المدنى الحالى ، الذى نصت المادة الأولى من قانون إصداره على أن يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر ١٨٨٣ ، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونيه ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا لقانون .. وحدث ذلك أيضا بالنسبة لقانون المرافعات المطبق الآن ، وقانون التجارة الجديد رقم ١٧/لسنة ١٩٩٩[١] ، فهذه القوانين وغيرها ، قد نصت على إلغاء العمل بالقوانين السابقة عليها .

كما أن قانون العمل المطبق حاليا – رقم ١٣٧/١٩٨١ قد نص صراحة على إلغاء العمل بالقانون السابق عليه الصادر ١٩٥٩ .

الطريقة الثانية ، أن يصدر قانون يتضمن نصا يقضى بأن العمل به

(١) فيما عدا الأحكام المتعلقة بالشركات ، فيظل القانون القديم ساريا بشأنها .

ينتهى بانتهاء مدة معينة أو واقعة محددة. وعندئذ ينتهى التشـريع مـن تلقـاء نفسه بمجرد انتهاء الفترة المحددة له . ومثال القوانين التى ينتهى العمـل بـها بانتهاء مدة معينة قوانين الأحكام العرفية التى تصدر لفترة معينة هـى فـترة الطوارئ ، وهى مؤقتة. ومثال القوانين التى تنتهى بانتهاء واقعة معينة ، مـا ورد بنص م ٨ من القانون ١٨٤/ ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات بأنه " إلـى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط ، وهيئاتها المختلفة المبينة فـى القـانون المرافق ، يتولى وزير التربية اختصاصات مجلس الجامعـة ويتولـى مديـر الجامعة باقى الاختصاصات " . فالنص موقوت ، على واقعـة معينـة هـى تشكيل مجلس جامعة أسيوط ، وهيئاتها المختلفة . بحيث ينقضى بذلك .

المحور الثاني : الإلغاء الضمنى :

١٠٨- يكون إلغاء التشريع ضمنيا فى حالتين هما ، أن يصـــدر تشـــريع لاحق يتضمن قاعدة قانونية تتعارض مع تشريع سابق ، أو أن يصدر تشـــريع جديد ينظم نفس الموضوع الذى سبق أن نظمها تشريع سابق . علـــى النحـــو الآتى بيانه :

أولا- التعارض بين قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية سابقة :

إذا صدر تشريع لاحق يتضمن قاعدة قانونية جديدة تتعارض مع القـــاعدة القانونية التى يشتمل عليها التشريع السابق ، فعندئذ لا يمكن التوفيق بينـــهما إلا بإلغاء واحد من النصين،والمنطق أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق .

والقول بإلغاء النص السابق ، فى حالة التعارض مـــع النـــص اللاحـــق مشروط بأن يكون التعرض كليا بمعنى أن يكون التعـــارض بينـــى القـــاعدة القانونية اللاحقة ، والقاعدة القانونية السابقة فى جميع الأحكام . بحيث يستحيل التوفيق بينهما . وعندها ، فإن اللاحق – فيما ذكرنا- يلغى السابق .

أما إذا كان التشريع اللاحق ، يتعارض مع التشريع السابق جزئيـــا فـــإن الإلغاء لا يكون إلا فى الحدود التى وقع فيه التعرض. بحيث يســـتمر العمـــل بالتشريعين اللاحق،والسابق،فى الأحكام الأخرى، التى لم يقع فيها التعارض .

ولا يمكن القول ، بإلغاء التشريع اللاحق للتشريع السابق بسبب التعـارض بينهما إلا إذا كانا من طبيعة واحدة . بمعنى أن تكون الأحكام التى تتضمنـــها كل من القاعدتين ، اللاحقة ، والسابقة ، عامة أو خاصة . فالثابت - على مـــا سنرى حالا - أن النص الخاص يقيد النص العام ، سواء كان لاحقا ، أو سابقا عليه .

ونعرض فيما يلى لفرضين : الأول ، التعارض بين نص عـــام ونـــص خاص ، ثم التعرض بين نص خاص ونص عام :

١) التعارض بين نص عام ونص خاص :

إذا حدث تعارض بين تشريع سابق تضمن حكما عاما ، ثم جاء التشـــريع اللاحق بحكم خاص . أى تعلق بحالة خاصة ، مـــن عمـــوم الحـــالات التـــى تضمنها التشريع السابق فى هذا الخصوص، فإن الحكم الحديث الخاص يقيـــد الحكم القديم العام ولا يلغيه . أى يظل القانون القديم نافذا فيما لا يتعارض فيـــه مع أحكام القانون الجديد .

وثمة أمثلة على ذلك ، أهمها - أن القانون المدنى القديم كان يقضى بـــأن الملكية عموما - فى الأموال العقارية ، أو فى المنقولات تنتقل بـــالعقد . ثـــم صدر قانون الشهر العقارى ١٩٤٦ ، وقرر أن الملكية لا تنقل فى العقـــارات

إلا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين تشريع سابق يتضمن حكمـــا عامـــا ، بانتقال الملكية بمجرد العقد فى العقارات والمنقولات ، وبين تشريع لاحـــق ، يقضى بأن العقارات وحدها لا تنتقل ملكيتها إلا بالتسجيل .

ولذا ، فإن الحكم الوارد بالتشريع الجديد (الخاص) يقيد الحكم الـــوارد بالقانون السابق بخصوص انتقال الملكية فى العقارات وحدها . على أن يظـــل التشريع السابق ساريا أو نافذا بالنسبة للمنقولات . كذا ، فإن صدور القـــانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمســـتأجرين فـــى إيجار الأماكن لا يترتب عليه إلغاء نصوص عقد الإيجار الـــواردة بالقـــانون المدنى ، لكنه يقيد هذه النصوص فقط بخصوص عقد إيجار الأمـــاكن بحيـــث تظل نصوص القانون المدنى فى غيرها مطبقة [١].

ب) التعارض بين نص خـــاص ونـــص عـــام :

المقصود ، بهذا الفرض ، وجـــود تعارض بين حكم خاص فى التشريع

---

(١) وكذلك ، فإن صدور المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصـــلاح الزراعـــى وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين فى عقود الأراضى الزراعية ، لا يـــؤدى إلى إلغاء نصوص الإيجار فى القانون المدنى ، وإنما يقيدها فقط بخصـــوص إيجـــار الأراضى الزراعية . وننوه ، بأن نصوص القانون ٥٢ لســـنة ١٩٦٩ ، وتعديلاتـــها والمرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، قد ألغيت برمتها ، بحيث لا ينطبق على عقـــود الإيجار سوى القواعد الواردة بالقانون المدنى كأصل عام .

السابق ونص عام فى التشريع اللاحق . وفى هذا الفرض فإن النص اللاحق لا يلغى النص السابق . بل يعتبر النص الوارد فى القانون اللاحق هو الحكم العام. والنص السابق ، يعتبر محض استثناء على المبدأ العام الوارد فى القانون اللاحق . أى يقيد من إطلاقه أو يضيق من نطاقه فى خصوص المسألة الواردة بالقانون السابق . فالثابت أن النص الخاص ، لا يلغى إلا بنص خاص لا حق عليه ، يتعارض معه ، أو ينص صراحة على إلغائه. وأن النص العام الوارد بقانون لاحق لا يلغى النص الخاص الوارد بقانون سابق .

ويضرب الفقه مثلا على ذلك ، بتشريعات تأجير الأماكن التى تنطبق بشروط خاصة على الأماكن المبنية ، لم يتم إلغائها بالأحكام العامة الواردة بالقانون المدنى .

كذلك الحال بالنسبة لقانون الشهر العقارى ١٩٤٦ ، والذى تضمن حكما خاصا بالعقارات بمقتضاها ،لا تنقل الملكية فى العقارات إلا بالتسجيل . ثم بعد ذلك صدر القانون المدنى متضمنا حكما عاما مؤداه ، انتقال الملكية بمجرد نشوء الالتزام – م٢٠٤ مدنى ، إلا أن هذا الحكم العام الوارد فى القانون المدنى ، لا يلغى النص الخاص الوارد بقانون الشهر العقارى بخصوص انتقال الملكية العقارية بالتسجيل . وبذا ينطبق حكم القانون المدنى

على المنقولات ، وتظل انتقال الملكية العقارية محكوما بالنص الخاص السابق . وتأكيدا لذلك ، ذهبت محكمة النقض إلىأن قانون المرافعات السابق لسنة ١٩٤٩ فيما ورد فيه من نصوص متعلقة بالطعن فى أحكام دوائر الإيجارات ، لا تلغى أحكام قانون إيجار الأماكن السابق لسنة ١٩٤٧ فيما ورد فيه نص يجعل الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون نهائية ، وغير قابلة لأى طعن لأن تشريع إيجار الأماكن ١٩٤٧ هو تشريع خاص لا يلغيه تشريع عام كتشريع المرافعات [1].

ونلفت النظر بأن قاعدة الخاص يقيد العام ولا يلغيه غير قاصرة على التشريعات المتلاحقة وحدها " القديم والحديث " بل إنها توجد فى التشريع الواحد . فالقانون المدنى مثلا يشتمل على قواعد عامة تنطبق على العقود ، واشتمل على أحكام خاصة بكل عقد على حدة فيما يسمى بالعقود المسماة ، بل يتضمن الحكم الخاص فى العقد المسمى بحكم أكثر خصوصية ، بما فى ذلك مثلا ، بيع ملك الغير ، وبيع الحقوق المتنازع عليها ، بالنسبة لعقد البيع ، وإيجار ملك الغير ، وإيجار الأراضى الزراعية ، وإيجار الوقت بالنسبة لعقد الإيجار .

---

(١) نقض ١٩٦٢/٥/٢ ، أحكام النقض ، س١٤ ، ص٦٤٩ .

والقاعدة ، أن الحكم الخاص يقيد الحكم العام ولا يلغيه ، ويستوى بعد ذلك أن يكون الحكم الخاص فى قانون لاحق أو فى قانون سابق أو فى ذات التشريع الواحد .

ثانيا : عادة تنظيم موضوع معين سبق تنظيمه بتشريع سابق :

وإلى هذه الصورة من الإلغاء ، ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أن النسخ (الإلغاء) الضمنى يتحقق إذا صدر تشريع جديد ينظم كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ، ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص التشريع السابق ، والتشريع الذى تلاه [١] ".

وحقيقة الأمر ، أن تنظيم النص الجديد لذات الموضوع الوارد بالنص القديم يقطع فى الدلالة ، على إلغاء النص القديم ، حتى ولو لم يذكر المشرع ، إلغاء النص القديم صراحة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج١ ، ص ١٩٦ .

المطلب السادس

تطبيق القانون

١٠٩- يثور بصدد تطبيق القانون مسائل ثــلاث : الأولــى ، مــا هــى السلطة القائمة على تطبيق القانون ؟ والثانية نطاق تطبيق القانون مــن حيــث المكان، وأخيرا ، تطبيق القانون من حيث الزمان ونعرض للمسائل المذكــورة تباعا – فيما يلى :

الفرع الأول : السلطة القائمة على تطبيق القانون :

١١٠- إعمالا لنصوص الدستور فإن السلطة القضائية هى التى تتولــى تطبيق القانون ، وتصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب من الدستور ، وجلســات المحاكم عادة علنية ما لم تقرر المحكمة فى حالات خاصة جعلها سرية .

والمحاكم فى مصر متعددة ، بعضها محاكم للقضاء العــادى ، وبعضــها محاكم القضاء الإدارى ، وبعضها له طبعة خاصة ، والمقصود بذلك المحكمــة الدستورية العليا [١] . كما أن القانون منح القضاء حقوقا ، وكلفــه بواجبــات بدونها لا يمكن القيام بوظيفته . ونعــرض بداية لأنواع القضــاء ، ثم لحقوق

---

(١) التى صدر بشأنها القانون رقم ١٩٧٩/٤٨.

القاضى وواجباته على النحو الآتى :

أولا : أنواع القضاء :

١١١- ذكرنا بأن القضاء فى مصر ، ينقسم إلـــى القضـــاء العـــادى ، والقضاء الإدارى . فضلا عن المحكمة الدستورية العليا على التفصيل التالى :

١- القضاء العادى

١١٢- نلفت النظر بأن تسمية **القضاء العادى** مقصـــود منـــها المحـــاكم الأصيلة ذات الاختصاص العام بالنظر فى جميع المنازعات وجميع الجرائـــم إلا ما استثنى منها بنص خاص – وبعبارة أخرى محاكم القضاء العـــادى ذات الولاية العامة فى جميع المسائل وعلى أية حال فإن القضاء العادى تكون مـــن عدد من المحاكم موزعة على جميع أنحاء مصر ومقســـمة إلـــى درجـــات ، أعلاها محكمة النقض ، ويليها محاكم الاستئناف ثم المحاكم الابتدائيـــة ، ثـــم المحاكم الجزئية .

أ- **محكمة النقض** ، وهى قمة على القضاء العـــادى ، محكمـــة واحـــدة مقرها القاهرة ، مهمتها الإشراف على صحة تطبق القانون وتصدر أحكامـــها من خمس مستشارين .

ب- **محاكم الاستئناف** ، ومقر هذه المحاكم القاهرة والإسكندرية وطنطا

والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقنا . وتصدر أحكامها من ثلاثة مستشارين .

ج- **المحاكم الابتدائية** ، ومقرها عواصم المحافظات وتصدر أحكامها من ثلاثة قضاه .

د- **المحاكم الجزئية** ، يجوز أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة ابتدائية محاكم جزئية يكون إنشاؤها ، وتحديد مقرها بقرار من وزير العدل ، وتصدر أحكامها من قاض واحد .

٢- القضاء الإدارى :

١١٣- يتولى القضاء الإدارى، حسم نوع معين من المنازعات يحددها القانون ، هى أساسا ، التى تقوم بين جهة الإدارة والأفراد إما بمناسبة القرارات الإدارية أو العقود الإدارية . كما يختص القضاء الإدارى بالنظر فى دعاوى تأديب الموظفين ، ويتمثل القضاء الإدارى أصلا فى مجلس الدولة يقوم إلى جانبه قسم الفتوى والتشريع ، وهيئة مفوضى الدولة .

ويتدرج القضاء الإدارى - بداية من المحكمة الإدارية العليا التى تشبه اختصاصها محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادى ومقرها القاهرة ثم محكمة القضاء الإدارى ، ثم المحاكم الإدارية.

٣- المحكمة الدستورية العليا :

١١٤- فى عام ١٩٧٩ صدر القانــون رقــم ٤٨ الخــاص بالمحكمــة الدستورية العليا ، ونصت المادة الثانية منه على أن يحال إلى هــذه المحكمــة جميع الدعاوى والطلبات التى تدخل فى اختصاصها والتى كانت قائمــة أمــام المحكمة العليا . وبذلك حلت المحكمة الدستورية العليا محل المحكمة العليا فـى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح والمقصود بذلك أنــه عندمــا يتراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى عند النظر فــى نزاع ما، وجود نص فى قانون أو لائحة يخالف الدستور فلها وقف النظر فـى النزاع وإحالته للمحكمة الدستورية العليا وحدها للفصل فيــها بغــير رســوم قضائية لحين صدور حكم بدستورية التشريع أو عدم دستوريته .

كذا ، يكون لأحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمــام إحــدى المحــاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى الدفع بعدم دستورية نص فــى قــانون أو لائحة ، وعندها ، فإن المحكمة أو الهيئة تؤجل نظر الدعوى ، إذا رأت بــأن الدفع جدى وتحديد ثلاثة أشهر لمن أثار الدفع لرفع الدعوى أمــام المحكمــة الدستورية العليا .

فإذا افترضنا أن من آثار الدفع ، لم يرفع الدعوى فى الميعاد المذكــور،

يعتبر الدفع كأنه لم يكن .

- وأخيرا يجوز للمحكمة الدستورية العليا ، فى أثناء نظر مسألة من المسائل التى تدخل فى اختصاصها ، أن تنظر من تلقاء نفسها فى دستورية قانون أو لائحة .

وأحكام المحكمة الدستورية العليا واجبة النشر فى الجريدة الرسمية نظرا لأهميتها الخاصة ، وهى نهائية ، لا يجوز الطعن فيها بأى طريق من اطرق الطعن ولها حجيتها ، وتلزم كافة الجهات فى الدولة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أم إلى دستوريته .

إلا أن الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة يترتب عليه عدم جواز تطبيقه من اليوم الثانى لنشره .

وإذا كان للمحكمة الدستورية العليا الحق فى رقابة مدى دستورية القوانين واللوائح فليس لها مراقبة مدى شرعية اللوائح ، أى النظر فيما إذا كانت اللائحة متفقة مع التشريع " القانون بالمعنى الضيق " أو غير متفقة معه . بل أنه يكون للمحكمة المثار أمامها عدم شرعية اللائحة الامتناع عن تطبيقها إنما لا يجوز لها أن تبطلها أو تلغيها .

ثانياً – حقوق القاضى وواجباته :

١١٥-لاشك بأن القضاء يقوم عل ى ضمان توفير العدالة ،اعتبارا بـــأن العدل أساس الملك، و لا قيمة لدولة لا تحقق العدل بين أبنائـــها . و لا يتســني تحقيق العدالة ، والمساواة، ما لم يكن القاضى مستقلا عن الدولة ، فاســـتقلال القاضى، يمكنه من الحياد ، والموضوعية ، والنزاهة وقد حـــرص الدســتور المصرى على استقلال القضاء ، فنصت المادة ١٦٦ على أن القضاه مســتقلون لاسلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، و لا يجوز لأية سلطة التدخل فـــى القضايا أو فى شئون العدالة .

ونصت المادة ١٢٠ من قانون العقوبات على عقاب كل موظف يتدخـــل لدى قاض أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو للأضرار به ، بأمر أو طلــب أو رجاء ، أو توجيه "

ولما كان استقلال القضاء عن أجهزة الدولة الأخـــرى لا يتحقــق بغــير مجموعة من الضمانات فقد ورد النص صريحا على عـــدم قابليـــة القـــاضى للعزل – م١٦٨ من الدستور ، وألا ينقل إلا وفقا للقانون .

ومقابل الحقوق التى تضمنها الدستور ، والقانون للقضاء ، يقرر القـــانون واجبات يلزم بها القاضى ويتمثل أهمها فيما يلى .

١- يتعين بداية على القاضى العلم بالقانون ، أيا كان مصدره " التشـــريع " أو العرف ، أو مبادئى الشريعة الإسلامية ، أو مبادئ العدالة ، وقواعـد القانون الطبيعى " وإذا كان مفترضا، علم القاضى بالقانون ، فيـــترتب على ذلك نتيجة مؤداها ، أن الخصم لا يلزم بإثبـــات حكـم القـانون للمحكمة . ومع ذلك فالغالب أن يسعى الخصم إلى بيان حكم القـــانون للمحكمة عن طريق محاميه .

٢- يجب على القاضى ألا يحكم فى النزاع بعلمه الشخصى . وإنمـــا بمـــا يقوم فى الدعوى من أدلة الإثبات .

٣- يجب على القاضى أن يحكم فى النزاع المعروض عليه ، ما دام يدخـل فى اختصاصه ، وليس له أن يمتنع عن الحكم فى النزاع . وإلا اعتـبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة الوارد النص عليـــها بالمـــادة ١٢١ ومـــا بعدها من قانون العقوبات .

الفرع الثانى : تطبيق القانون من حيث المكان :

١١٦- إذا كانت القاعدة ، أن القانون يسرى علـــى جميـــع المخـــاطبين بأحكامه فلا يعذر أحد بجهله بالقانون . فإن التساؤل يظل قائمـــا عـــن مـــدى سريان القانون من حيث المكان ؟ وتتضح أهمية التساؤل المطروح فى الوقـــت

الحالى حيث تتداخل علاقات الدول وتزداد حركة انتقال الناس من دولة إلى أخرى إما للسياحة والسفر أو التجارة الدولية ، أو ممارسة الأنشطة الأخرى ، بما أدى إلى وجود أجانب على أرض الدولة ، فهل يسرى قانون الدولة بصورة مطلقة على كل من يقيم على إقليمها ، بصرف النظر عما إذا كان من المواطنين أو من الأجانب ؟ وإذا قلنا بأن القانون ينطبق على المواطنين فقط ، فهل يتبعهم فى انتقالهم إلى خارج إقليمها ؟ أم ينحصر تطبيقه عليهم ، على إقليم دولتهم ؟.

الواقع أن الإجابة عن التساؤل المطروح تختلف فى مبدأ إقليمية القوانين عن مبدأ شخصية القوانين . وذلك ما نعرض له فيما يلى :

أولا : **مبدأ إقليمية القوانين :**

١١٧-يقوم مبدأ إقليمية القوانين على أن قانون الدولة ، يسرى على كل ما يقع داخل حدود إقليمها. بصرف النظر عن جنسية الأشخاص أى سواء كانوا من المواطنين أو الأجانب ، ويقف دور القانون عند هذا الحد ، فلا يطبق خارج الإقليم حتى على المواطنين أى لا يتبع الأشخاص خارج الإقليم حتى لينطبق عليهم . لذا سمى بمبدأ إقليمية القوانين .

ثانيا : مبدأ شخصية القوانين :

١١٨-على عكس مبدأ إقليمية القوانين ، الـــذى لا يتبـــع فيـــه القـــانون المواطن خراج حدود الإقليم . يقوم مبدأ الشخصية على سريان قانون الدولـــة على مواطنيها ، سواء كانوا داخل حدود الدولة أم خارجها . إنمـــا لا ينطبـــق القانون إلا على المواطنين دون الأجانب ولو كانوا داخل إقليم الدولة.

ثالثاً : مدى الأخذ بمبدأ الإقليمية ، والشخصية :

١١٩-إذا كان المبدأ المطبق قديما هو إقليمية القوانين ، لأسباب تتعلـــق بعزل الدول، وجمود نظرية السيادة . فقد ترتب على ازدهار حركة التجـــارة الدولية،وتطور الأنشطة المختلفة وفضلا عـــن تقـــدم وســـائل الاتصـــالات ، والمواصلات، وزيادة حركة انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى ، الأخذ بمبـــدأ شخصية القوانين حتى لا يتضرر الأجنبى من تطبيق قانون غير مألوف لديه . خصوصا إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية ، التى تتصل بشخص الإنســـان وبعلاقاته مع أفراد أسرته . لذا وجد مبدأ شخصية القوانين إلى جـــانب مبـــدأ الإقليمية . وإن كان الأول استثناء من الثانى : ونفصل هذه الاستثناءات علـــى النحو الآتى :

إذا كان الأصل – فيما ذكرنا – تطبيق مبدأ الإقليمية ، بمعنى أن قـــانون الدولة يسرى على القاطنين على إقليمها من مواطنين وأجـــانب ، ولا يجـــاوز حدود الإقليم. فثمة استثناءات على ذلك،يطبق فيها مبدأ شخصية القوانين هى :

– القوانين الخاصة بالحقوق ، والحريات ، والواجبات التـــى يتضمنـــها الدستور عادة لا تطبق تطبيقا إقليميا بمعنى أنها تطبق علـــى المواطنيـــن دون الأجانب، بما فى ذلك مثلا حق الانتخاب ، وحق الترشيح للـــهيئات النيابيـــة ، وحق تولى الوظائف العامة ما لم ينص القانون على غير ذلـــك فـــى حـــالات محددة من الوظائف .

أما بالنسبة للواجبات العامة ، فالأجانب لا يتحملون بنفس الواجبات التـــى تقع على عاتق المواطنين بما فى ذلك أداء الخدمة العسكرية .

– ينطبق على الجرائم والعقوبات مبدأ الإقليمية . بمعنى أنه تسرى أحكام قانون العقوبات على كل من يرتكب جريمة داخل إقليم الدولة سواء كان مـــن المواطنين أو الأجانب . ومقابل ذلك لا تنطبق أحكام قانون العقوبـــات علـــى الجرائم التى يرتكبها المواطن خارج حدود الإقليم إلا فى حالات اســـتثنائية[١] تتمثل فيما يلى :

---

(١) أنظر المادة (٢) من قانون العقوبات المصرى ..

أولا : يسرى قانون العقوبات المصرى على كل من ارتكب خارج مصر فعلا يجعله فاعلاً أو شريكاً فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى مصر ، (المادة ٢ عقوبات) .

ثانيا : يسرى قانون العقوبات المصرى على الجرائم التى ترتكب خارج مصر وتخل بأمن الحكومة سواء كان مرتكبها مصرياً أو أجنبياً ، وكذلك بعض جرائم التزوير وجرائم تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية (المادة ٢ عقوبات) .

ثالثاً : يسرى قانون العقوبات المصرى على كل مصرى ارتكب وهو خارج القطر المصرى فعلاً يعتبر جريمة طبقاً لقانون العقوبات المصرى ، وطبقا لقانون البلد الذى وقع فيه الفعل ، إذا عاد إلى مصر دون أن تجرى محاكمته فى البلد الذى ارتكب فيه ، أو دون أن يستوفى العقوبة التى صدرت ضده خارج مصر [١].

- لا ينطبق مبدأ الإقليمية على بعض الأجانب الذين يتمتعون بحصانة قضائية بما فى ذلك رؤساء الدول الأجنبية أو الممثلين الدبلوماسيين فى حدود معينة ، وطبقا للقواعد المحددة فى القانون الدولى العام .

---

(١) وتفصيلا : د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ١٩٧١ ، ص٢٠١ وما بعدها .

أخيرا ، يستثنى من تطبيق مبدأ الإقليمية ، الحالات التى تنسب إلى القانون الدولى الخاص . وتفسير ذلك أن قواعده تبين القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبى ، وقد يفضى إعمال هذه القواعد إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر. وقد يحدث العكس ، أى قد تسفر قواعد هذا القانون عن تطبيق القانون المصرى خارج الإقليم . ويضرب الفقه مثلا على الحالة الأولى . فيما ورد بنص المادة ١٢ مدنى بأنه " يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين والمعنى أنه إذا حدث نزاع بين زوجين فرنسيين مثلا مقيمين فى مصر بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج ، يرجع فى شأنها إلى القانون الفرنسى وليس القانون المصرى والمعنى ، تطبيق قانون أجنبى على الإقليم المصرى .

وفى الحالة الثانية ، قد تسفر ذات القاعدة عن تطبيق القانون المصرى خارج الإقليم ، إذا كان النزاع المذكور قد وقع فى فرنسا بين زوجين مصريين[1] .

القوانين المتعلقة بالعقارات تطبيق تطبيقا إقليميا بمعنى أن القانون المصرى هو الذى يحدد ماهية العقار والحقوق التى ترد عليه ، وأثرها ،

---

(١) أنظر المواد ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدنى المصرى .

وزوالها ، بصرف النظر عن ملاكها ، أى سواء كـــانوا مـــن المصريـيـــن أو الأجانب .

ونخلص مما تقدم إذن أن الأصل فى تطبيق القانون من حيث المكان هـــو قاعدة إقليمية القوانين ، بمعنى تطبيق القانون على إقليم الدولة من المواطنيـــن والأجانب .

ويطبق قاعدة شخصية القوانين فى حالات استثنائية ، أهمها ، ما يتعلـــق بالأحوال الشخصية ، أو قانون العقوبات ، وما تقضى به قواعد الإســـناد فـــى القانون الدولى الخاص .

الفرع الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان :

وضع المشكلة :

١٢٠- أمران لا يمكن تجاهلهما ، لتحديد مشكلة النطاق الزمنى للقانون :

الأول : أن النصوص القانونية بطبيعتها غير مؤبدة. وإنمـــا إلـــى زوال مهما طالت مدة العمل بها. ذلك أن الوقائع التى يحكمها القـــانون ، تتغـــير أو تزول ، فتتغير النصوص التى تحكمها ، أو تزول .

وإلغاء القانون،وإصدار قانون جديد يثير التساؤل عن الوقت الذى ينتهى فيه تطبيق القانون القديم ، ويبدأ فيه تطبيق القانون الجديد ؟ وهو مـــا يعـــرف بمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان .

وبذا فإن تنازع القوانين فى الزمان نتيجة لتعاقب القوانين[١].

والأمر الثانى : أن نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان يتحدد - كمـــا ذكرنا - بالفترة التى تبدأ بنفاذه (أى بنشره فى الجريدة الرســـمية ، ومضـــى المدة التى يحددها القانون نفسه لبدء نفاذه) . وتنقضى بإلغائه ،والقـــاعدة أن

---

(١) تناغو ، ص٦٤٦ ، بند ١١٩ وبعده ، وفرق بين تنازع القوانين فى الزمان وتنازعـــها فى المكان ، ففى الأول نتساءل أيهما ينطبق ، القانون القديم أو القانون الجديد ؟ وفـــى الثانى نتساءل ، هل القانون الوطنى واجب التطبيق أم القانون الأجنبى ؟ .

التشريع الجديد يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره إلا إذا حدد لذلك ميعادا آخر (م١١٨ من الدستور) .

وتعليقا على النص المذكور نلاحظ ما يلى :

- أن التشريع الجديد لا يسرى على الماضى ، بمعنى أنه لا ينسحب إلى الماضى ليحكم وقائع حدثت ، وانتهت قبل نفاذه ، فيما يسمى بعدم رجعية القانون .

- كذا ، فالتشريع لا يسرى قبل نشره ، فالتشريع خطاب موجه إلى المخاطبين به ، وبذا لا يمكن محاسبة الأفراد على خطاب لا يعلمونه .

- وبعض التشريعات ينطبق من تاريخ نشرها ، دون أن يعتبر ذلك استثناء من مبدأ عدم رجعية التشريع .

- أن بعض التشريعات يتأخر سريانها لأكثر من شهر ، حدث ذلك مثلا فى التقنين المدنى ، وتقنين التجارة الجديد ، وتقنين المرافعات ... بل أن التشريعات يتأخر تاريخ سريانها إلى وقت صدور تشريعات أخرى تضعها موضع التنفيذ إلى أن تصدر لائحته التنفيذية . حدث ذلك فى قانون التمويل العقارى ، وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية ... وفى

كل الحالات فإن تأخير سريان التشريع إلى حين صدور اللائحة التنفيذية له لا يحدث إلا إذا نص التشريع نفسه على ذلك صراحة .

١٢١- فإذا انتبهنا إلى الأمرين معا وتفريعاتهما ، تعين التسليم بما يلى :

١- أنه لا تثور أدنى صعوبة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الوقائع، أو المراكز القانونية التى تتكون، وتنتج آثارها فى ظل قانون واحد[١]، ومثال ذلك ، إذا أبرم (أ) عقد عمل لمدة سنة بأجر محدد مع صاحب العمل (ب) فى ظل قانون معين . وبعد انتهاء مدة السنة وانتهاء علاقة العمل - صدر قانون جديد يعدل فى الأجر بالزيادة ، أو بالنقصان . فلا شأن لهذا القانون الجديد بعقد العمل الذى أبرم ، وأنتج جميع آثاره ، وانقضى فى ظل القانون القديم.

وإذا استأجر (أ) منزلا لمدة شهر ، فى ظل قانون معين ،وانتهت مدة الإيجار ، ورد المنزل للمؤجر . ثم صدر قانون جديد يقضى بالامتداد القانونى لعقود الإيجار . فلا شك أن هذا القانون لا يطبق على الإيجار الذى نفذ كلية قبل صدوره .

(١) لاروميه ، ص١٤٠ .

وإذا ارتكب (أ) جريمة فى ظل قانون يقضى بعقوبة الحبس. وصدر الحكم بحبسه فعلا ، ثم صدر قانون جديد يخفف من العقوبة فلا شأن له بالجريمة التى ارتكبت فى ظل القانون القديم .

٢- كذلك لا تثور صعوبة تذكر بالنسبة لنطاق تطبيق القانون من حيث الزمان بالنسبة للمراكز القانونية التى لا تنشأ إلا بعد العمل بالقانون الجديد.

ومثال ذلك ، أن يصدر قانون فى ٣١ يناير ١٩٩٦ يجعل عقود الإيجار تتحدد من حيث الأجرة ، أو المدة باتفاق المتعاقدين . ويقوم (ب) فى ٩ فبراير من نفس العام بتأجير منزله . فلا شأن للقانون القديم بعقد الإيجار الذى لم ينشأ إلا بعد صدور القانون الجديد .

٣- إنما تثور المشكلة بالنسبة للمراكز القانونية التى يستغرق تكوينها أو تنفيذها فترة من الزمن ، ويصدر خلالها قانون جديد . بحيث يطرح التساؤل . هل تظل المراكز القانونية محكومة بالقانون القديم - أى الذى نشأت فى ظله . أم يسرى عليها القانون الجديد الذى لم تكتمل ، أو تنفذ ، أو تنتج آثارها إلا تحت سلطانه .

ونضرب على ذلك الأمثلة التالية :

• أوصى (أ) بثلث ثروته إلى (ب) فى ظل قانون يجيز الوصية فى حدود الثلث . وقبل وفاة الموصى ، وانتقال ملكية الثروة إلى (ب) يصدر قانون جديد لا يجيز الإيصاء إلا فى حدود الربع. فهل تظل الوصية محكومة بالقانون القديم الذى نشأت فى ظله ، أم بالقانون الجديد الذى لم تكتمل آثارها إلا تحت سلطانه ؟

• كان سن الرشد فى مصر ١٨ سنة . ثم صدر قانون ١٩٢٥(قانون المجالس الحسبية) برفع سن الرشد إلى ٢١ سنة كاملة . والسؤال : هل يسرى القانون الجديد على الأشخاص الذين بلغوا سن ١٨ سنة قبل صدوره أى قبل (١٩٢٥) وبالتالى يعودون ناقصى الأهلية ، بكل ما يترتب على ذلك من آثار تتعلق بالتصرفات التى أبرموها . أم يظلون كاملى الأهلية – إعمالا للقانون القديم ما داموا قد بلغوها قبل صدور القانون الجديد ؟ .

• اقترض (أ) من (ب) مبلغا من النقود لمدة خمس سنوات بفائدة ١٠% ، وبعد انقضاء ثلاث سنوات صدر قانون جديد لا يجيز الاتفاق على الفائدة بأكثر من ٧%. فهل يظل القرض خاضعا للقانون القديم (الذى نشأ فى ظله) وبالتالى تبقى الفائدة كما هى ١٠% – أم يطبق القانون الجديد ، بحيث يتم تخفيضها إلى ٧% .

• ارتكبت جريمة فى ظل قانون يجعل عقوبتها الحبس ، وأثناء نظر الدعوى الجنائية ، وقبل صدور الحكم ، صدر قانون جديد ، يجعل العقوبة السجن ، أو يخفف من العقوبة . فهل يطبق على الجانى القانون القديم ، أم القانون الجديد ؟ .

• تزوجت السيدة (س) من (ص) فى ظل قانون لا يجيز لها خلع زوجها ، ثم صدر قانون جديد[١] يجيز لها خلع زوجها، وفقا لإجراءات وشروط معينة. فهل تظل محكومة بالقانون القديم، الذى لا يخولها الحق فى الخلع ، أم القانون الجديد ؟ .

١٢٢ – وبعد، هذه هى مشكلة تطبيق القانون فى الزمان ، أو فيما يسميها البعض بحق مشكلة تنازع القوانين فى الزمان Les conflits de lois dans le temps ، اعتبارا بأن كل من القانونين المتواليين ، فى الزمان ، يتنازعان حكم المركز القانونى .

فكيف يمكن حل مشكلة تنازع القوانين فى الزمان ؟ وكيف نشير إلى القانون الواجب التطبيق منها على المركز القانونى ؟ .

(١) المقصود القانون رقم ١/٢٠٠٠ وتحديدا المادة ٢٠ .

١٢٣- ونبادر إلى التنويه - فى البداية - بأن المشرع قد تكفل بوضع حلول تشريعية دائمة أحيانا ، أو انتقالية فى أحيان أخرى لمشكلة تنازع القوانين فى الزمان .

أمّا الحلول التشريعية الدائمة ، فتمثل فيما ورد النص عليه فى القانون المدنى ، وقانون المرافعات ، وقانون العقوبات من الحلول بالنسبة لبعض الموضوعات المحددة بحيث تطبق هذه الحلول كلما صدر قانون جديد فيها - يثير مشكلة التنازع - لذا سميت بالحلول التشريعية الدائمة . التى تشمل مسائل الأهلية ، والإثبات ، والتقادم . فضلا عن النصوص المتعلقة بالمرافعات ، والقانون الجنائى ، على ما سنرى حالا .

وإلى جانب الحلول التشريعية الدائمة ، فقد يتضمن التشريع نفسه فى موضوع ما حلولا انتقالية تحدد نطاق سريانه من حيث الزمان ، دون أن يكون لهذه الحلول علاقة بما قد يصدر فى المستقبل من تشريعات تنظم ذات الموضوع . لذلك سميت بالحلول التشريعية الانتقالية [١] .

ويظل التساؤل قائما عن ماهية الحل ، بشأن موضوع ما لا يوجد بخصوصه أية حلول تشريعية (دائمة أو انتقالية) تحدد النطاق الزمنى بأن

(١) ولن نعرض لها ، فى دراسة لا تتضمن إلا الأصول ، أو القواعد الكلية ونحيل فى دراستها إلى مراجع أو مؤلفات أخرى فى النظرية العامة للقانون .

الحلول التشريعية الدائمة لا تشمل إلا بعــض الموضوعــات خصوصـــا وأن الحلول التشريعية الانتقالية ، قاصرة على بعض التشـــريعات ، فــى بعــض الموضوعات ، ولا علاقة لها بما يصدر مستقبلا مــن تشــريعات تنظــم ذات الموضوع .

والإجابة، أن على القضاء – فى هذه الحالة – أن يطبق المبادئ العامــة ، وخاصة ، مبدأ عدم رجعية القوانين .

١٢٤- وفيما يلى ، نتناول الحلول التشريعية لحل مشكلة تنازع القوانيـــن قبل أن نعرض للمبادئ العامة ، لحل المشكلة في حالة عـــدم وجــود حلــول تشريعية :

المحور الأول : الحلول التشريعية

١٢٥-اشتمل القانون المصرى - فيما رأينا - على حلول تشريعية فى عدد من الموضوعات بالقانون المدنى ، وبقانون المرافعات ، وقانون العقوبات . وهذه الحلول التشريعية ، شملت مسائل الأهلية ، والتقادم ، وأدلة الإثبات ، فضلا عن نصوص قانون المرافعات ، والقانون الجنائى. على التفصيل الآتى بيانه :

١- النصوص المتعلقة بالأهلية :

١٢٦-إعمالا لما ورد بالمادة ١/٦ من القانون المدنى ، فإن النصوص المتعلقة بالأهلية ، تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص .

والمقصود بالأهلية فى النص السابق ، أهلية الأداء ، وهى فيما سنرى ، صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية لحسابه ، بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها قانونا .

وتتدرج أهلية الأداء ، بحسب السن ، بحيث أن من لم يبلغ سبع سنوات يكون عديم التمييز ، ومن بلغها ، ولم يبلغ بعد سن ٢١ يكون ناقص الأهلية ، ومن بلغ سن ٢١ سنة ميلادية كاملة ، يكون بالغا رشيدا.

والمشكلة تثور ، فيما لو صدر قانون جديد يعدل ، بالتخفيض أو الزيادة سن الرشد ، أى اكتمال الأهلية – فهل يعتد هنا – بالقانون الجديد . والحقيقة أن الحل الذى أتى به المشرع ، أنه إذا صدر قانون جديد يرفع أو يخفض سن الرشد ، فإن حكمه يسرى فورا على جميع الأفراد بغض النظر عن مركزهم فى ظل القانون القديم. فإذا كان سن الرشد فى القانون القديم ٢١ سنة ، فجعلها القانون الجديد ١٨ سنة ، كان حكم القانون الجديد واجب التطبيق ، بحيث يصبح كل من بلغ ١٨ سنة كاملة الأهلية ، بصرف النظر عن القانون القديم . وإذا كان القانون القديم يجعل سن الرشد ١٨ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل سن الرشد ٢١ سنة ، فإن القانون الجديد يسرى على جميع الأشخاص فى سن من ١٨ إلى ٢١ سنة ، فيعودون ناقصى الأهلية – أى طبقا للقانون الجديد – رغم أنهم ، وفقا للقانون القديم يعتبرون كاملى الأهلية. وعندئذ يثور التساؤل عن حكم التصرفات التى أبرمها هؤلاء، قبل العمل بالقانون الجديد ؟ .

أجابت عن ذلك المادة السادسة ، بأنه إذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة.

٢- النصوص المتعلقة بالتقادم:

١٢٧-المقصود بالتقادم ، مرور الزمن الذى ترتب عليه القانون أثرا معينا. والتقادم على نوعين : مكسب ومسقط. أما الأول ، ففيه ، يترتب على مضى الزمن اكتساب شخص حقا لم يكن له . فمن يضع يده على عقار لمدة ١٥ سنة بنية تملكه ، ومضى على وضع اليد فعلا ١٥ سنة ، يتملكه بمضى المدة ، وهذا هو التقادم المكسب(١).

وأما الثانى ، وهو التقادم المسقط ، فمعناه ، أن مضى الزمن يسقط الحق عن صاحبه. ومن ذلك مثلا ، أن يكون(أ) دائنا لـ (ب) بمبلغ معين، فيسكت عن مطالبته بالمبلغ مدة تزيد عن ١٥ سنة . فيسقط عن الدائن حقه بمضى المدة . والمهم ، أن القانون هو الذى يحدد مدة التقادم.

والمشكلة تثور ، إذا بدأت مدة التقادم فى ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة. فما هو الحل ؟. أجابت عن ذلك المادة ١/٧ مدنى ، بقولها أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم ، من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

(١) بافتراض توافر الحيازة الهادئة ، والظاهرة ، والواضحة ، والعلنية ، فضلا عن العنصر المعنوى فى الحيازة .

ومعنى ذلك أنه ، إذا صدر قانون جديد ، يطيل مدة التقادم كـــان واجـــب التطبيق على كل تقادم لم يكتمل مدته فى ظل القانون القديم. فإذا صدر قـــانون جديد يجعل مدة التقادم١٨ سنة بدلا من ١٥ سنة ، تعين تطبيق القانون الجديد، إذا كان واضع اليد على العقار قد أمضى مثلا ١٢ سنة. بحيـــث لا يكتســب ملكية العقار إلا بعد ست سنوات أخرى. وهى المدة الباقيـــة ، وفقـــا للقـــانون الجديد، بدلا من ثلاث سنوات ، طبقا للقانون القديم .

وعلى العكس من ذلك ، إذا قرر النص الجديد مدة التقادم أقصـــــر ممـــا قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولـــو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك. أما إذا كان الباقى من المدة التـــى نـــص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتـم بانقضاء هذا الباقى (المادة ٨/ مدنى) .

ومعنى ذلك ، أن حل مشكلة التنازع ، حال صدور قانون جديد ، بقصـــر مدة التقادم يستتبع – أخذا من النص السابق – التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : أن تكون مدة التقادم بالقانون الجديد كاملة أطـــول ممـــا تبقى من مدة القانون القديم. فإن القانون القديم هو الذى يطبق . ومثال ذلـــك ، إذا فرضنا أن(أ) واضع اليد على العقار استمر ٨ سنوات فى ظل قانون يجعـل

مدة التقادم ١٥ سنة ، ثم صدر قانون جديد يجعل مدة التقادم عشر سنوات ، فإن (أ) واضع اليد يكتسب ملكية العقار بعد سبع سنوات فقط . وهى المدة الباقية ، طبقا للقانون القديم .

أما الفرض الثانى : وفيه تكون مدة التقادم بالقانون الجديد كلها أقصر من الباقى من مدة التقادم بالقانون القديم . والحل هو صرف النظر عن المدة الباقية بحسب القانون القديم،والاعتداد بالمدة المنصوص عليها بالقانون الجديد.

فإذا وضع (أ) يده على عقار لمدة أربع سنوات فى ظل قانون يجعل مدة التقادم ١٥سنة، ثم صدر قانون جديد يجعل التقادم بمضى ١٠سنوات ، فإن الحائز يكتسب ملكية العقار بعد مضى عشر سنوات من تاريخ نفاذ القانون الجديد. ذلك أن مدة التقادم فى ظل القانون الجديد وهى " ١٠ سنوات " أقصر مما بقى من مدة بحسب القانون القديم وهى " ١١ سنة " . لذا وجب تطبيق القانون الجديد .

٣- النصوص المتعلقة بأدلة الإثبات :

١٢٨-المقصود بالإثبات،إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة القانونية مصدر الحق المدعى به ، بأدلة معينة ورد النص عليها بقانون الإثبات .

وأدلة الإثبات هى الكتابة ، والشهادة ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين .

وبعض أدلة الإثبات يجب إعداده مقدما ، كالكتابة ، وبعضها لا يقـــوم إلا إذا وقع النزاع فعلا ، كالشهادة ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين .

والمشكلة تثور إذا وجد قانون خاص بالإثبات يحدد أنواع الأدلة ، وقيمـــة كل دليل ، ثم يصدر قانون جديد ينظم ذات الموضوع. فتثور مشـــكلة تحديـــد النطاق الزمنى لكل من القانونين؟ وقد أجابت عن ذلك المادة ٩/مدنى بقولـــها " تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الـــذى أعد فيه الدليل ، أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده .

وتكرر ، بأن المقصود بالأدلة التى تعد مقدما هو الكتابة . والقاعدة علـــى ما ورد بالنص السابق أن القانون الذى يسرى على أدلة الإثبـــات التـــى تعـــد مقدما هو القانون المعمول به وقت إعداد الدليل أو فى الوقـــت الـــذى يجـــب إعداده فيه .

وتطبيقا لذلك ، إذا كان القانون القديم لا يجيز إثبات التصـــرف الـــذى لا تزيد قيمته عن عشرين جنيها إلا بالكتابة ، ثم صدر قانون جديد يجيز إثبـــات التصرف الذى لا تزيد قيمته عن عشرين جنيها بالبينة. فإن القانون الجديـــد لا يطبق على التصرف الذى أبرم قبل نفاذه، وبالتالى لا يثبت التصرف فى هذا

المثال إلا بالكتابة.

وعلى التصرف الذى أبرم قبل نفاذه ، وبالتالى لا يثبت التصرف فى هـذا المثال إلا بالكتابة .

وإذا كان القانون الجديد يجيز إثبات التصرف الذى لا تزيد قيمتـه عـن عشرين جنيها بالبينة ثم صدر قانون جديد لا يجيز إثبات التصرف الذى تزيـد قيمته عن عشرين جنيها إلا بالكتابة. فإن هذا القانون الجديد لا يطبـق علـى التصرف الذى أبرم قبل نفاذه .

٤- النصوص المتعلقة بقانون المرافعات :

١٢٩-أخذا من نص المادة الأولى من قانون المرافعات. تسرى قوانيـن المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى ، أو ما لم يكـن تـم مـن الاجراءات قبل تاريخ العمل بها .

وبذا ، فإن نصوص قانون المرافعات تنطبق من تاريخ نفاذها على جميـع الدعاوى المعروضة على القضاء ، التى لم يتم الفصل فيـها بحيـث أنـه إذا صدر قانون جديد يجعل الاختصاص بنظر الدعوى لمحكمة أخـرى ، تعيـن على المحكمة الأولى ، استنادا إلى مبدأ الأثر الفورى لقوانيـن المرافعـات ،

إحالة الدعوى بالحلة التى عليها إلى المحكمة التى أضحت مختصـــة ، طبقـا للقانون الجديد .

وإذا كان القانون الجديد يعدل فى الإجراءات السابقة ، فإنه يسرى علـــى كل إجراء يتخذ ، بعد تاريخ العمل به ، أى بأثر فورى .

وقد استثنى المشرع من تطبيق مبدأ الأثر الفورى لقوانين المرافعات مـــا يلى :

١- القوانـــين المعدلة للاختصـــاص ، متى كان العمـــل بها قد قفـــل بـــاب المرافعة فى الدعوى (م١/١ مرافعات). بحيث تظل محكومة بنصوص بالقانون القديم ، مادام أن الدعوى أصبحت صالحة للحكم فيها.

٢- القوانين المعدلة للمواعيد ، إذا كان الميعاد قد بدأ قبـــل تـــاريخ العمـــل بالقانون الجديد (م١/٢ مرافعات) .

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تـــاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية ، أو منشية لطريـــق مـــن تلـــك الطرق (م١/٣ مرافعات) .

وإذا كان المبدأ ، فيما رأينا ، ســريان نصوص قانـــون المرافعات بأثر

فورى ، فإن هذا المبدأ يكمله مبدأ آخر ، هو عدم رجعية قوانين المرافعات. وهو ما نصت عليه المادة ٢/مرافعات بقولها" كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به ، يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك " . ومعنى ذلك أن القانون الجديد ، لا ينسحب إلى الماضى ليحكم إجراءات تمت فى ظل القانون القديم. ونضرب على ذلك مثلا ، أن يكون الإعلان قد استكمل شروط صحته فى ظل قانون ، ثم صدر قانون آخر، يضيف أو يغير من هذه الشروط ، فلا ينطبق القانون الجديد .

وإذا كان الميعاد محددا طبقا لقانون ، فصدر قانون جديد يعدل فى هذا الميعاد ، فإنه لا يسرى على المواعيد التى تبدأ قبل نفاذه ، وتظل محكومة بالقانون القديم .. وهكذا .

٥- القوانين الجنائية :

١٣٠-الأصل فى القوانين الجنائية أنها لا تطبق بأثر رجعى بمعنى أن القانون الجديد لا ينسحب إلى الماضى ليحكم الجرائم التى تقع قبل تاريخ نفاذه

لذلك نصت م٥/عقوبات على أنه " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها" .

إلا أن المشرع قد استثنى من مبدأ عدم رجعية القوانين الحالات الآتية،

اعتبر فيها أن القانون الجديد له أثر رجعى . وهى :

أن يصدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتـــهم ، فهو الذى يتبع دون غيره .

وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم مـــن أجله غير معاقب عليه ، حيث يوقف تنفيذ الحكم ، وتنتهى آثاره الجنائية .

ونفصل ذلك على النحو الآتى :

١ – تخفيف العقوبة

١٣١– إذا صدر قانـــون جديد ينص على عقوبـــة أخف من العقوبـــــة المقررة بالقانـــون القديم ، فيسرى القانـــون الجديد برغم أن الجريمة ارتكبـــت فى ظل القانون القديم ، شريطة ألا يكون قد صدر فى الدعوى حكـــم نـــهائى إعمالا لنص المادة ٣/٥ من قانون العقوبات .

والمقصود بالحكم النهائى ، الحكم الذى استنفذ الطعن فيه بأى طريق مـــن طرق الطعن فى الأحكام " أى بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض ؟ .

ومعنى ذلك ، أنه إذا صدر حكم نهائى " لا يقبل الطعن بالطرق المذكورة على المتهم ، ثم صدر قانون جديد ، يخفف العقوبة عن الجريمة التى ارتكبها،

فلا يستفيد منه المحكوم والعلة من ذلك ، أن تخفيف العقوبة يقتضـــــى حكمـــا جديدا ، أصبح مستحيلا فى المثال المذكور - بعد صدور الحكم النهائى فـــــى الدعوى .

٢- محو الجريمة ، أو منع العقوبة

١٣٢-إذا صدر قانون جديد ، يعتبر الفعل الذى حوكم عليه المتهم مباحا، أو يمنع عنه العقوبة ، فإن المحكوم عليه يستفيد منه حتى ولـــو صـــدر فـــى الدعوى حكم نهائى ، أو بات أخذا من نص المادة ٣/٥ عقوبات . ولا يســتثنى من ذلك سوى قوانين العقوبات ذات الطبيعة المؤقتة ، حيث لا يستبعد ملاحقــة المجرم بالسير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها حتى بعد انتهاء فترة القانون المؤقت -م٥/٤ عقوبات.

المحور الثانى : المبادئ العامة لحل مشكلة التنازع فى حالة عدم وجود حلول تشريعية :

١٣٣-إذا لم يوجد حل تشريعى لمشكلة تحديد النطاق الزمنى للقانون ، وهو أمر متصور إذا علمنا أن الحلول التشريعية لا تشمل مختلف الموضوعات فإن التساؤل يثور عندئذ عن ماهية الحل ؟ ونبادر إلى الإجابة بأن على المحكمة أن تتلمس الحل عندئذ من المبادئ العامة ومنها ، وأهمها - فى نطاق دراستنا -مبدأ عدم رجعية القوانين .

والحقيقة أن ثمة اتفاق فى الفقه والقضاء على الأخذ بالمبدأ ، نظرا للاعتبارات المنطقية والعملية ، والعقلية التى تسانده ، لكن الاختلاف قد احتدم بشأن تحديد المقصود من مبدأ عدم الرجعية. وانقسم الرأى بصدده إلى نظريتين : نظرية تقليدية ، ونظرية حديثة .

١٣٤-ونتناول فيما يلى مبدأ عدم الرجعية ، من حيث الأساس الذى يقوم عليه ثم نعرض للمقصود به فى فقه النظريتين التقليدية والحديثة .

أولا- الأسس التى يقوم عليها مبدأ عدم الرجعية :

١٣٥- ذكرنا بأن القاضى إذا لم يجد حلا تشريعيا،يحدد النطاق الزمنى

فى قانونين متواليين ، فإنه يلتمس الحل من مبدأ عدم رجعية القوانين وهو مبدأ مهم ، لذا ، تحرص الدساتير على النص عليه ، فنصت م١ من الدستور المصرى ، على أنه " لا تسرى القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما رفع قبلها " .

ويساند مبدأ عدم رجعية القوانين اعتبارات عدة أهمها :

أ- أن المنطق يقضى بعدم سريان القانون على الماضى . فالقاعدة القانونية كما ذكرن، خطاب يتوجه به المشرع للأفراد ، للالتزام بما ورد فيها. ولا يتصور منطقيا ، أن يتوجه المشرع للأفراد ، للالتزام بما ورد فيها . ولا يتصور منطقيا ، أن يتوجه المشرع بخطابه إلى الماضى .

وبعبارة أخرى ، فالقاعدة القانونية تكليف من المشرع للأفراد ، بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولا يتصور أن يأمر المشرع الأفراد القيام بعمل فى الماضى .

ب- كما أنه ليس من العدالة محاسبة الأفراد على قانون لم يكن قائما وقت قيامهم بالعمل الذى تحاسبهم عليه. أو على أعمال قاموا بها وهى مباحة، ثم جرمها قانون جديد .

وأخيرا ، فمبدأ عدم رجعية القوانين يحقق الأمن ، والاستقرار فى

المعاملات لأنه يمكن الأفراد من تنظيم معاملاتهم طبقا لقانون معين ، هو القانون المعمول به وقت **المعاملة** " **وقت العقد مثلا** " دون أن تتأثر حقوقهم ، والتزاماتهم بصدور قوانين جديدة . والقول بغير ذلك يعني الإخلال بالثقة المشروعة التي يضعها الأفراد في **قوة عقودهم** ، وفيما يترتب عليها من آثار.

وإذا كان المبدأ – فيما رأينا – **هو عدم رجعية القوانين** ، **فإن هذا المبدأ** لا يتقيد به سوى القاضي ، أو **الفقيه** . **أما المشرع فيمكنه** بنص صريح أن يخرج عليه ، فيصدر قوانين **لها أثر** رجعي .

ومع ذلك فسلطة المشرع **في الخروج على** مبدأ عدم الرجعية مشروط بشرطين :

الأول، أن يكون ذلك في **غير المواد الجنائية . بحيث إذا** صدر قانون جديد يتعلق بالمواد الجنائية ، **يجرم فعلا كان مباحا في ظل القانون** القديم ، أو يشدد من العقوبة عليه ، كان التشريع غير دستوري .

الشرط الثاني ، أن يتقرر **الأثر** الرجعي **للقانون** بأغلبية خاصة هي أغلبية أعضاء مجلس الشعب مجتمعين . **فالقوانين الأخرى** ، تصدر – على ما رأينا – بأغلبية الأعضاء الحضور .

النص على مبدأ عدم رجعية القوانين :

١٣٦-كان للاعتبارات التى يقوم عليها مبدأ عدم الرجعية أثرها فى القانون المصرى. فقد ورد نص المادة ١٨٧ من الدستور صريحا بأنه " لا تسرى أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب .

- وقبل ذلك نصت المادة ٦٦ على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

ثانيا- مفهوم عدم الرجعية :

١٣٧-انعقد إجماع الفقه، والقضاء على الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين. لكن الاختلاف قد نشأ بصدد المقصود بعدم رجعية القوانين . بين نظريتين : النظرية التقليدية ، ويمكن أن نطلق عليها نظرية الحق المكتسب ، ومجرد الأمل. والنظرية الحديثة ، وتسمى بنظرية الأثر الفورى للقانون. ونعرض لكل من النظريتين على النحو الآتى بيانه :

١-النظرية التقليدية :

١٣٨-نسارع إلى التنويه بأن الأسس التى تقوم عليها النظرية التقليدية

فى تفسيرها مبدأ عدم الرجعية تتمثل فيما يلى :

أ- أن القانون الجديد لا يجوز أن ينسحب إلى الماضى ، لأنه يمس عندئـذ بالحقوق المكتسبة للأفراد Les droit acquis قبل نفـاذه ، وهـو غـير جائز. لأننا إذا قلنا بغير ذلك فإنه يكون تطبيقا للقانون بـأثر رجعـى . والمبدأ هو عدم رجعية القوانين . وبذا ، فعلـى المحكمـة أن تسـتبعد تطبيق القانون الجديد فى كل حالة يترتب فيها على تطبيقـه المسـاس بحقوق مكتسبة .

ب- أنه إذا لم يمس تطبيق القانون بحق مكتسـب ، وإنمـا بمجـرد أمـل Expectative ،فلا يكون هذا التطبيق محظـورا ،لأنـه ليـس تطبيقـا للقانون بأثر رجعى .

ج- جوهر النظرية التقليدية إذن هو التفرقة بين الحق المكتسب ، ومجـرد الأمل . وفى الأول يحظر على القانون الانسحاب إلى الماضى. وفـى الثانى ، يجوز أن يمتد إليها القانون الجديد ليحكمها وبعبارة أخـرى ، فالأول غير جائز لأن المساس بالحق المكتسب ، تطبيق للقانون بـأثر رجعى. والثانى جائز لأن المساس بمجرد الأمل ، ليس تطبيقا للقـانون بأثر رجعى .

وإذا كانت النظرية التقليدية قد فرقت بين الحق المكتسب ومجرد الأمـــل إلا أن أنصارها ، اختلفوا فى تعريف الحق المكتسب ومجرد الأمل :

فالبعض يرى أن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى ذمـــة صاحبــه نهائيا بحيث لا يمكن نزعه منه برضاه. والبعض على أن الحق المكتسب الذى يقوم فى صاحبه سبب اكتساب الحق ، ولو لم يدخل فى ذمته بعـــد . والنـــص يراه الحق غير القابل للإلغاء ، أو الحق الخاص الذى لا يستطيع الغير تجريـد صاحبه منه [1]. بينما يتجه النص الآخر إلى التفرقة – فى هذا الشأن – بيـــن الحقوق التى تنشأ عن القانون ، والحقوق التى تنشأ بفعل الإنسان . والأولـى لا تعتبر حقا مكتسبا ، طالما أن الفعل الذى يعلق عليه القانون اكتساب الحق لـــم يوجد بعد . حيث لا يكون للشخص – فى هذه المرحلة – سوى مجـــرد أمـل يجوز للقانون الجديد المساس به .

أما إذا تحقق الفعل الذى يعلق عليه القانون اكتساب الحق ، فعندها يكـون للشخص حقا مكتسبا لا يجوز للقانون الجديد المساس به . ويضرب الفقه مثــلا على ذلك بحق الميراث ، والذى يظل مجـــرد أمل ، ما دام المورث على قيد

---

(١) وعند Baudry – Lacantinerie ، أن الحق المكتسب هو الفائدة التى تخصنا والتــى تظهر فى ذمتنا المالية والتى لا يستطيع أن ينتزعها منا الشخص الذى آلت إلينا منه أو غيره . فى تناغو ، ص٦٦٠ ، بند ٢٠٥ .

الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بعد وفاة المورث .

والتقادم – أى مضى المدة اللازمة لاكتساب الحق – يعتبر مجرد أمل لواضع اليد طالما أن المدة التى يشترطها القانون لاكتساب الحق لم تكتمل ، وبذا يجوز تطبيق القانون الجديد عليه . فإن اكتملت المدة التى يشترطها القانون ، يصبح لواضع اليد حقا مكتسبا لا يجوز للقانون الجديد المساس به وإلا اعتبر ذلك رجعية فى تطبيق القانون محظورة .

أما الحقوق التى تنشأ بفعل الإنسان فتعد مكتسبة شريطة أن يكون الشخص الذى أنشأها لا يمكنه بدون موافقة الطرف الآخر أن يلغيها ، ولا أن يعدل من الآثار التى تترتب عنها لفائدة شخص آخر . بما فى ذلك الحقوق التى تنشأ عن العقود ، حيث لا يجوز تعديلها ، ولا نقضها إلا باتفاق المتعاقدين . وكذا ، الحقوق التى تنشأ للمضرور فى مواجهة مرتكب الخطأ .

وبعكس ذلك ، لا تعتبر الوصية ، والتى يترتب عليها حق بفعل الإنسان حقا مكتسبا،ما دام أن الموصى يمكنه بإرادته المنفردة نقضها إلى وقت وفاته .

أما مجرد الأمل ، فكما يتضح من التسمية ، مجرد ترقب اكتساب حق فى المستقبل ، بينما الحق لم يوجد بعد فى ذمة المترقب. ومثال ذلك الأمل فى الإرث ، طالما المورث على قيد الحياة . ففى أثناء حياة المورث لا يكون

للورثة إلا مجرد أمل في الإرث ، فإذا توفى المورث أصبح هذا الأمـــل حقـــا مكتسبا . وعلى هذا الأساس ، إذا صدر قانون جديد يعدل من أنصبة الورثـــة مثلا . فكيف يطبق مبدأ عدم رجعية القانون على الماضى ؟ .

يرى أنصار النظرية التقليدية بأنه إذا توفى المورث قبل صدور القـــانون الجديد (المعدل لأنصبة الورثة) لا يكون له أى أثر لأنه يمس بحقوق مكتســبة للورثة لا يصح المساس بها . أما إذا صدر القانون الجديد ، قبل وفاة المـــورث فهو الذى يطبق ، فليس فى تطبيقه سريان على الماضى لأنه لا يمس ســـــوى مجرد أمل للورثة فى الميراث .

وبالنسبة للوصية،وهى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، لا تنتج أثرهـــا إلا إذا توفى الموصى مصرا عليها . وبقى الموصى له على قيد الحياة .

فإذا أوصى (أ) إلى (ب) ببعض أمواله ، ثم صدر قانون جديد يعدل مـــن القدر الواجب الإيصاء به كأن يجعله الثلث بدلا من النصف ، فينبغى فى هـــذه الحالة التفرقة بين فرضين :

الأول : أن يصدر القانون الجديد بعد وفاة الموصى ، وعندها لا يكون لـــه أثر بالنسبة للوصية التى تمت ، لأنه يمس بحق مكتسب للموصى لـــــه وتنفـــذ الوصية فى حدود النصف .

أما الفرض الثانى : أن يصدر القانون الجديد (المعدل لمقدار الإيصـــاء) قبل وفاة الموصى ، وفى هذه الحالة ينطبق القـــانون الجديـــد دون أن يعتـــبر تطبيقه أثر رجعى ، لأنه لا يمس عندئذ ســوى بمجرد أمل للموصى له وتنفذ الوصية - فى المثال المذكور - بمقدار الثلث وليس النصف .

أما بالنسبة للتقادم ، وهو كسب الغير للملكية عن طريق وضع اليد لمـــدة طويلة. فإذا افترضنا أن (أ) حاز أرض (ب) بقصد تملكها عن طريق التقـادم ، ثم صدر قانون جديد يعدل من المدة التى يتعين بعدهــا اكتســاب (أ) للملكيـــة بوضع اليد ، وعندئذ علينا أن نفرق بين أمرين :

- **الأول** : أن يكون القانون الجديد قد صدر بعد اكتمـــال المـــدة القانونيـــة . وعندئذ لا يكون له أى أثر لأنه يمس بحق مكتسب بالنسب ل (أ) .

- **الأمر الثانى** ،أن يصدر القانون الجديد أثناء سريان مـــدة التقـــادم وقبـــل اكتمالها ، وعندئذ ، فهو الذى يطبق لأنه لا يمس سوى بمجرد أمـــل ل (أ) بكسب الملكية .

وقد رأى البعض من أنصار النظرية التقليديـــة بـــأن اصطـــلاح الحـــق المكتسب غامض ، وغير محدد ، لذا استعاض عنه بلفظ الحق فقط. كما استبدل مجرد الأمل بكلمة المصلحة ، لكن هذه المحاولة لم تلق قبولا فـــى

الفقه[1] اعتبارا بأن عبارة الحق المكتسب كانت تقديم فائدة لا يمكن تجاهلها ، حيث يشير على أن الحق قد نشأ قبل العمل بالقانون الجديد .

استثناءات :

النظرية التقليدية إذن تقوم على مبدأ عدم مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة وإلا اعتبر ذلك محض تطبيق للقانون بأثر رجعى . إلا أنها قد أوردت على ذلك استثناءات عدة ، تجيز فيها انسحاب القانون الجديد إلى الماضى ، حتى ولو كان فى ذلك مساسا بحق مكتسب ، وأهم الاستثناءات هى :

١- حالة النص الصريح على ذلك من المشرع .

٢- حالة القوانين المتعلقة بالنظام العام ، والآداب العامة ، فتطبق بأثر رجعى حتى ولو أخلت بحقوق مكتسبة .

٣- حالة التشريعات التفسيرية .

ونفصل هذه الأستثناءات تباعا على النحو الآتى بيانه .

---

(١) فيما أشار إليه تناغو ، ص٦٦٢ ، بند ٢٠٦

١ – حالة النص على سريان القانون على الماضى :-

La clause de retroactivité

١٤٠-ذكرنا بأن مبدأ عدم رجعية القانون لا يفيد سوى القاضى ، والفقيه ، فلا يعتد به المشرع . وتأكيدا لذلك ، فبعد أن قررت الفقرة الأولى من المادة ١٨٧ من الدستور مبدأ عدم رجعية القانون ، نصت فى فقرتها الثانية على أنه فى غير المواد الجنائية يجوز لأغلبية أعضاء مجلس الشعب النص فى القانون على سريانه على الماضى "أى بأثر رجعى " .

وبذا ، أعطى المشرع الحق فى إصدار قوانين تسرى على الماضى بشروط عدة أهمها:أن الأمر موكول إلى السلطة التشريعية وحدها .فلا تستطيع السلطة التنفيذية مثلا أن تصدر لوائح على الماضى ، سواء كانت لوائح تنفيذية أو لوائح الضبط والبوليس ، ولا يجوز لرئيس الجمهورية فى الحالات التى يخوله الدستور سن القوانين ، أن يكون لها أثر رجعى [١].

أن يصدر القانون الذى ينسحب على الماضى بأغلبية الأعضاء الذين يتكون منهم مجلس الشعب ، وذلك بعكس القوانين الأخرى ، التى تصدر بأغلبية الحاضرين من الأعضاء .

---

(١) فى حالة الضرورة ، عند غياب مجلس الشعب ، أو بناء على تفويض من مجلس الشعب .

٣- أن يكون الأمر متعلقا بغير القوانين الجنائية ، ومعنى ذلك أن المجلس لا يمكنه الخروج على قاعدة عدم رجعية القوانين في مجال المواد الجنائية. ولكن هذا القيد ينطبق فقط على القوانين الجنائية الأشد قسوة للمتهم ، فسوف نرى حالا بأنه يجوز للمشرع أن يصدر قوانين جنائية بأثر رجعي، إذا كانت أصلح المتهم " تبطل مثلا جريمة كانت قائمة من قبل ، أو تخفف من عقوبتها " .

٤- وأخيرا ، فلا يجوز الخروج على مبدأ عدم الرجعية بغير نص صريح، يفصح فيه المشرع عن قصده صراحة بأن يكون للتشريع أثر رجعي .

٢- القوانين الجنائية الأصلح المتهم :

١٤١-ذكرنا بأنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تصدر قوانين جنائية تنسحب على الماضي ، شريطة أن تكون أصلح للمتهم . ؟ إنما يظل التساؤل قائما بصدد متى يكون القانون الجنائي أصلح للمتهم ؟

والحقيقة أن القانون يكون أصلح للمتهم في حالتين : الأولى : إذا كان يجعل الفعل المعاقب عليه ، غير معاقب عليه أصلا أي يمحو عنه وصف الجريمة . والثانية : أن يتضمن القانون الإبقاء على وصف الجريمة المنسوبة للمتهم ، لكنه يخفف العقوبة التي توقع على المتهم ، من السجن إلى الحبس مثلا ، أو من الحبس إلى الغرامة .

والحكمة من تطبيق القانون على الماضى فى القوانين الجنائية الأصلح للمتهم واضحة ، فالدولة لم تعد ترى فى الفعل ضررا بالمصلحة العامة ، أو ترى فيها ضررا لا يستأهل توقيع عقوبة شديدة ، كالتى يقررها القانون السابق. كذا فالعدالة تقتضى ألا يعاقب شخص على فعل أصبح مباحا ، أو توقع عقوبة أشد من التى يستحقها المتهم فى نظر المجتمع [1].

وينسحب القانون الجنائى الأصلح للمتهم على الماضى ، فيستفيد منه من ارتكب الجريمة فى ظل قانون سابق ، أشد قسوة شريطة ألا يكون قد صدر حكم نهائى على المتهم فى الجريمة ، وبعبارة أخرى لا يستفيد المتهم من القانون الجنائى الأصلح له إلا إذا كان لم يتم محاكمته بعد ، أو قدم للمحاكمة ولم يصدر عليه حكم ، أو قدم للمحكمة ، وصدر عليه حكم غير نهائى . أى يقبل الطعن بأى طريق من طرق الاستئناف – والنقض .

ومع ذلك يمكن أن ينطبق القانون الجنائى الأصلح للمتهم على الماضى ، حتى بعد صدور الحكم النهائى فى الدعوى فى حالة واحدة فقط هى أن يكون من شأن القانون الجديد محو الجريمة عن الفعل المنسوب إلى المتهم . بمعنى أنه يجعل الفعل الذى حوكم عليه المتهم ، غير معاقب عليه – م٥/٣ من قانون

---

(١) توفيق فرج ، ص ٣٣٣ ، بند ٢٤٢ .

العقوبات .

ومعنى ذلك أنه بخصوص القوانين الجنائية الأصلح للمتهم يتعين التفرقة بين أمرين : **الأول** : أن يكون القانون الجديد من شأنه تخفيف العقوبة . وفي هذه الحالة لا يسرى على الماضي طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى .

والثاني : أن القانون الجديد يمحو الجريمة بالكلية ، أى يجعل الفعل المنسوب إلى المتهم غير معاقب عليه أصلا . وعندئذ ينطبق القانون الجديد حتى ولو صدر حكم نهائي في الدعوى ، بل حتى لو كانت العقوبة قد بدء في تنفيذها ، أو نفذت كلها .

٣- القوانين المتعلقة بالنظام العام ، والآداب العامة :

١٤٢- تستثنى النظرية التقليدية من مبدأ عدم رجعية القوانين حالة التشريعات الجديدة المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة بمعنى أنها تطبق حتى ولو كان من شأن ذلك المساس بحقوق مكتسبة . حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على ذلك . ويضرب هؤلاء المثل على ذلك بالقانون الذى يرفع سن الرشد ، يسرى على كل من لم يبلغ السن المحددة فيه بمعنى أن من كان بالغا رشده في ظل القانون القديم يعود قاصرا بمقتضى القانون الجديد ، ويظل كذلك إلى أن يبلغ سن الرشد التى حددها القانون الجديد .

وإذا صدر قانون جديد يحدد حالات الطلاق ، يسرى علـــى الأشـــخاص الذين تزوجوا قبل صدوره .

وحقيقة الأمر أن فقه النظرية التقليدية قد خلط بين فكرة الأثـــر الفـــورى والأثر الرجعى للتشريع فالقانون لا يكون بأثر رجعى إلا إذا انســـحب ليحكـــم واقعة تمت قبل نفاذه . فالقانون الذى يرفع سن الرشد لا يعتبر ينطبق على من كان بالغا سن الرشد فى القانون القديم ، فيعيده قاصرا ، وليس فى ذلك تطبيـق للقانون الجديد بأثر رجعى بل هو تطبيق للأثر الفورى أو المباشر .

وكذلك القانون الجديد الذى يحدد حالات الطلاق ، يسرى على الأشخاص الذين تزوجوا قبل صدوره إعمالا لقاعدة الأثر الفورى أو المباشر ، لا الأثـــر الرجعى ، فالطلاق واقعة جديدة ، يحكمها القانون الذى وقعت فى ظله .

وبذا ؛ فإن القوانين المتعلقة بالنظام العام ، لا تعتبر فى الحقيقة ، اســـتثناء من مبدأ الأثر الرجعى لأنها لا تسرى بأثر رجعى بل بأثر فورى ومباشـــــر ، والقول بغير ذلك يعنى تطبيق قوانين بأثر رجعى من دون سند قانونى ، أخـــذا من مبدأ أنه لا رجعية فى القوانين إلا بنص صريح .

٤ - القوانين التفسيرية :Les loi d'interpretation

١٤٣-ننبه فى البداية بأن القوانين التفسيرية عبارة عـن قيـام المشـرع بإصدار قانون يفسر غموض قانون سابق . إذا رأى أن المحاكم لم تصل إلـى التفسير الصحيح-الذى قصده المشرع والقوانين التفسيرية لا تطبق بأثر رجعـى . ومعنى ذلك أن التشريع التفسيرى لا يضع قواعد قانونيـة جديـدة ، وإنمـا القصد منه تفسير تشريع آخر سابق عليه . وعليه فـإن التشـريع التفسـيرى يسرى بأثر رجعى أى منذ العمل بالتشريع القديم، موضوع التفسـير . وبـذا يذهب البعض[١] إلى أن رجعية التشريع التفسيرى أمر ظاهر فقط ، فليس ثمة رجعية فى الحقيقة ولا يوجد تنازع - بالمعنى الذى بسطناه أنفا فى تشـريعين أحدهما قديم والآخر جديد - إذا سلمنا بأن التشريع التفسيرى " الجديد " محض إيضاح أو تفسير لحكم وارد فى التشريع القديم .

تقدير النظرية التقليدية :

١٤٤- لقد أخذ على النظرية التقليدية أنها قامت على التفرقة بين الحـق المكتسب ومجرد الأمل . إلا أن أنصارها ، اختلفوا فى معنى ومغزى الحقـوق المكتسبة.وقال أنصارها - فيما رأينا آنفا - بأن الحـق المكتسب هو الحق

---

(١) حسن كيره ، أصول القانون ، ص٤٦٠ ، البدراوى ، ص١٦٤ ، بند١١٨ .

الذى ينبغى على المشرع احترامه.وقال البعض الآخر بأنه الحق الذى لا يمكن للقانون الجديد المساس به وهو تعريف يعود بنا مرة أخرى إلى التساؤل عـــن معنى الحق الذى لا يكون للقانون الجديد المساس به ؟ .

كذا ، فإن وجود حقوق مكتسبة ، يعنى ان هناك حقوق غـــير مكتســبة ، وهو تناقض لا نفهمه .

كذا ، فإن اختلاف المعايير التى قال بها أنصار النظرية التقليدية لتحديــد الحق المكتسب ، ومجرد الأمل ، ترتب عليه اختلاف النتائج القانونية .

وأخيرا ، فقد أخذ على النظرية التقليدية أنها تخلط بين الأثر الرجعـــى ، والأثر المباشر للقانون الجديد ، واتضح هذا الخلط بالنسبة للقوانين التى تسرى على الماضى على سبيل الاستثناء لاعتبارات النظام العام ، فيم أشـــرنا إليــه آنفا . بينما تطبيق القانون فى الحالات السابقة يتم بناء علـــى الأثـــر المباشـــر للتشريع الجديد .ومثال ذلك ، إذا صدر قانون جديد يتعلـــق بالنظـــام العـــام ، والآداب العامة ، فهو ينطبق بأثر مباشر من وقت العمل به ، ويـــترتب علـــى ذلك إلغاء كل الحقوق الناشئة فى القانون السابق ، ابتداء مـــن تـــاريخ العمـــل بالقانون الجديد ، ولكن تعطيل الأحكام الواردة بالقانون القديم لم يكـــن نتيجـــة لتطبيق القانون الجديد بأثر رجعى ، بل نتيجة لتطبيقه بأثر فورى أو مباشر.

كذا ، فإن النظرية التقليدية لا تقدم أية حلول بالنسبة للتصرفات الباطلة ، بمعنى أنه إذا أبرم عقد باطل مثلاً فى ظل قانون قديم ، ثم صدر قانون جديد لا يعتد بسبب البطلان فى القانون القديم . فمعنى ذلك أن التصرف الباطل فى ظل القانون القديم أصبح صحيحاً فى ظل القانون الجديد . إن التسليم بذلك بأن التصرف الباطل ينشئ الحق ، ولم يقل أحد بذلك .

وأخيراً ، فإن النظرية التقليدية التى تقوم فى جوهرها على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل لا تواجه جميع المراكز القانونية ، أنها لا تتعلق – فى الحقيقة – سوى بتنازع القوانين فى الزمان المتعلق بالحقوق الخاصة ، فإذا علمنا أن ثمة صور أخرى لتنازع القوانين لا يتعلق بحقوق خاصة للأفراد. بما فى ذلك قوانين الولاية على المال أو على التقنين ، فلا يوجد حق مكتسب لشخص ما فى الولاية على المال أو على التقنين . وبذا ، إذا صدر قانون يضع نظاماً جديداً للولاية على المال أو على النفس ، فإنه ينطبق على كل حالات الولاية السابق وجودها ، فلا يوجد حق مكتسب لشخص فى أن يكون ولياً .

وكان من أثر الانتقادات التى وجهت للنظرية التقليدية ، أن ظهرت نظرية أخرى ، حاول أنصارها وعلى رأسهم روبييه ، تتلافى الانتقادات السابقة ، وهى النظرية الحديثة ، التى نعرض لها فيما يلى :

ثانيا – النظرية الحديثة :

١٤٥–تقوم النظرية الحديثة على مسألتين:**الأولى سلبية**: ومؤداها أن القانون لا ينسحب إلى الماضى ليحكم وقائع أو مراكز قانونية قبل تاريخ العمل بـــه . والثانية إيجابية ، وبمقتضاها أن القانون يسرى فوراً ، على المراكز القانونيـــة التى تقع ابتداءً من تاريخ العمل به . وبذا ، فالتفرقة بين الأثر الرجعى والأثــر المباشر للقانون هى جوهر النظرية الحديثة لتنازع القوانين فى الزمان . أمـــا المركز القانونى ، فمقصود به فى الواقع مواجهة فروض التنازع فى صـــورة الحقوق الخاصة ، أو غيرها من الحقوق . وذلك على النحو الآتى بيانه.

١– عدم رجعية القانون :

١٤٦–أوضح أنصار النظرية الحديثة هذه المسألة ، ببيان العلاقـــة بيـــن القانون La loi والمركز القانونى Situation juridique . فقسمت القوانين علـــى هذا الأساس إلى ثلاثة أنواع :

١–نصوص قانونية تتعلق بتكوين أو نشأة المركز القانونى ، كالنصوص التـــى تحكم قواعد انعقاد العقد .

٢–ونصوص تتعلق ببيان آثار المراكز القانونية ، كالنصوص التـــى تتعلـــق بتحديد التزامات ، وحقوق المتعاقدين .

٣-ونصوص تتعلق بانقضاء المراكز القانوني ، كالنصوص الخاصة بانقضاء العقد .

ونفصل ما أجملناه فيما يلي تباعا :

أ- القانون الجديد ينظم تكوين أو نشأة المركز القانوني :

١٤٧-المبدأ ، في هذا الشأن ، أنه إذا صدر قانون جديد ينظم تكوين أو إنشاء مركز قانوني ، كالقانون الذى يحدد أركان انعقاد العقد ، أو شروط صحته ، فلا شأن له بالمراكز القانونية التى تم تكوينها فعلا ، فى ظل قانون قديم ، حتى ولو كان المركز القانونى لم ينقض بعد .

وتطبيقاً لذلك ، لا يسرى القانون الجديد الذى يعدل فى أنصبة الورثة على التركات التى توفى أصحابها قبل العمل به .

ولا يسرى القانون الجديد على عناصر التعويض عن الفعل الضار الذى وقع قبل تاريخ العمل به .

ولا يسرى القانون الجديد على العقد ، الذى استكمل أركان انعقاده وشرائط صحته ، فى ظل قانون سابق .

ولا يسرى القانون الجديد الذى يقضى بعدم جواز تملك أموال الدولة

الخاصة بوضع اليد عليها ، على ما يكون قد تم كسب ملكيتـــه بالتقـــادم مـــن أموال الدولى قبل العمل به [1].

وإجمالا ، فليس للقانون الجديد - أن ينسحب إلى الماضى ليحكم المراكـز القانونية التى نشأت أو تكونت فى ظل قانون قديم . ولا يعتبر مـــن ذلــك أن يكون المركز القانونى لم ينقضى .

ب- القانون الجديد ينظم آثار المركز القانونى :

١٤٨-المقصود بآثار المركز القانونى ، الإجابة عن السؤال الآتى ، مـــا هى الحقوق ، والالتزامات التى تتولد عن المركز القانونى ؟

والقاعدة ، أن القانون الجديد ، الذى ينظم آثار المركز القانونى لا شـــأن له بالآثار التى تمت فى ظل قانون قديم .

وتطبيقا لذلك . فلا شان للقانون الجديد بالعقود التى أنتجت آثارهـــا فـــى ظل قانون قديم . وإذا أبرم عقد قرض لمدة عشر ســـنوات بفـــائدة ٨% فـــى أكتوبر ٢٠٠٠ . ثم صدر قانون جديد فى أكتوبر ٢٠٠٣ ينزل بسعر الفـــائدة إلى ٤% . فلا شأن له بالفوائد التى تولدت عن عقد القرض فى الفـــترة مـــن أكتوبر ٢٠٠٠ إلى أكتوبر ٢٠٠٣ .

---

(١) نقض ٧ مارس ١٩٦٨ ، أحكام النقض ، س١٩ ، ص ٥٢٨ .

وإذا صدر قانون جديد يعدل فى مبلغ النفقة للزوجة عن الطلاق فلا ينسحب ليحكم النفقة الزوجية عن الطلاق الذى وقع فى ظل قانون قديم .

وإذا صدر قانون جديد على أن الملكية فى العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل ، فإنه لا يحكم عقود البيع العقارية التى تمت فى ظل قانون سابق ، يقضى بانتقال الملكية فى العقارات بمجرد العقد .

بإيجاز ، فإن القانون الجديد لا ينسحب إلى الماضى ، ليحكم آثار المراكز القانونية التى تمت فى ظل قانون قديم ، وإلا اعتبر ذلك محض تطبيق لرجعية القوانين ، وهو محظور .

ج- القانون الجديد ينظم انقضاء المركز القانونى :

١٤٩-نذكر بأن انقضاء المركز القانونى ، يعنى انتهاء الآثار التى ترتبت عليه. والقاعدة أن القانون الجديد لا شأن له بالمراكز التى انقضت فعلا قبل تاريخ العمل به .

وعلى ذلك ، إذا وضع (أ) يده على عقار بقصد تملكه ، وانقضت مدة التقادم المكسب ، فعلاً ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم ، فلا شأن له بما تملكه (أ) فى ظل القانون القديم .

إنما تثور الصعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تنشأ ، وتنقضى بتوافر عنصرين : فيصدر قانون جديد ، يعدل فى واحد منهما دون الآخر . والقاعدة

فى هذا الشأن ، أن القانون الجديد لا يمس العنصر الذى تم فى ظل قانون قديم ومثال ذلك ، الوصية التى تستلزم بالضرورة توافر عنصرين : **الأول**، صدور المحرر المثبت لها فى الشكل الذى يتطلبه القانون . **والثانى** ، وفاة الموصى مصرا عليها فإذا اكتمل العنصر الأول ، ثم صدر قانون جديد قبل وفاة الموصى يعدل من شكل الوصية أو من شروط الإيصاء ، فلا ينسحب إلى الماضى ليحكم عنصرا اكتمل فى ظل قانون قديم . بينما يخضع العنصر الثانى ، للقانون الجديد دون أن يعتبر ذلك تطبيقا للقانون بأثر رجعى .

الاستثناءات من مبدأ عدم الرجعية :

١٥٠- تتفق النظرية الحديثة والتقليدية على أنه " القانون الجديد ينطبق بأثر رجعى إذا وجد نص صريح على الرجعية . وقد قدمنا بأن الدستور المصرى يخول المشرع إصدار قوانين تنطبق بأثر رجعى بشرطين : الأول توافر أغلبية خاصة ، والثانى : ألا يتعلق القانون بالمواد الجنائية .

كذا ، تتفق النظريتان بخصوص القوانين التفسيرية ، أى التى توضح الغموض ، أو تزيل اللبس ، أو تكمل النقص فى القانون السابق فتطبق على جميع الوقائع التى تمت فى ظل القانون السابق [١].

---

(١) سابقا ، ص٢١٤، بند ١٤٠ .

وفيما عدا ذلك ، يختلف فقه النظرية الحديثة عن التقليدية فى مسألتين:

الأولى ، أن فقه النظرية الحديثة لا يعتبر القوانين الجنائية الأصلح للمتهم استثناء من مبدأ عدم رجعية القانون[1] . ذلك أن تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم على الوقائع التى حدثت فى ظل القانون القديم محض إعمال لمبدأ الأثر الفورى أو المباشر للقانون القديم ، طالما لم يصدر فى تلك الوقائع حكم قضائى نهائى طبقا للقانون القديم .

والثانية : أن فقه النظرية الحديث ، بعكس النظرية القديمة يرفض اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، تسرى بأثر رجعى . بل إن تطبيقها محض إعمال لمبدأ الأثر الفورى للتشريع الجديد - على ما سنرى تفصيلا فيما يلى :

٢- الأثر الفورى (المباشر) للقانون :

١٥١-الأثر الفورى للقانون - على ما رأينا - هو الجانب الإيجابى التى تقوم عليه النظرية الحديثة وبه تكتمل ، ويستمد أهميته ، بأن مبدأ عدم رجعية القانون يحدد لنا ماهية المسائل التى لا ينطبق عليها القانون الجديد . وهو ما يتكفل به مبدأ الأثر الفورى ، الجانب الإيجابى .

---

(١) ناجى ياقوت ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج١ ، ٢٠٠٠ ، ص٢٢٢ ، بند ١٣٥.

والقاعدة ، أن القانون الجديد يحكم ما يقع فور العمل به على تكوين أو آثار ، أو انقضاء المراكز أو الوقائع القانونية ، حتى ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية تمت فى ظل قانون سابق . تفصيلا لذلك ، فلا صعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تبدأ ، وتنتج آثارها فى ظل قانون سابق ، ثم يصدر قانون لاحق ، حيث يظل المركز القانونى محكوما بالقانون الذى بدأ ، أو أنتج آثاره فى ظله . وإنما تثور الصعوبة بالنسبة للمراكز القانونية الممتدة فى الزمن التى تتكون أو تنشأ فى ظل قانون ثم تستكمل عناصر نشأتها فى ظل قانون جديد . وبذا يثور التساؤل ، هل ينطبق عليها القانون القديم الذى بدأت فى ظله ، أم ينطبق القانون الجديد ، الذى استكملت عناصر نشأتها تحت سلطانه .

وأخذا من مبدأ الأثر الرجعى الفورى للقانون ، أن القانون الجديد ينطبق على المراكز القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم اعتبارا بأنها لم تستكمل نشأتها إلا فى ظل القانون الجديد .

ويضرب الفقه [١] مثلا على ذلك ، بأن يقوم (أ) بوضع يده على عقار بنية تملكه فى ظل قانون يقضى باكتساب الملكية بالتقادم بعد مضى عشر

---

(١) مثلا ، لبيب شنب ، ص ١٩٣ ؛ البدراوى ، ص ١٦٩ .

سنوات ، وقبل اكتمال المدة ، يصدر قانون آخر ، يطيل المدة اللازمة لاكتساب الملكية بوضع اليد إلى ١٥ سنة . فإن القانون الجديد هو الذى يطبق حتى وإن كان وضع اليد ، قد بدأ فى ظل القانون القديم .

وإذا أوصى (أ) إلى (ب) بثلث تركته فى ظل قانون يجيز الوصية فى حدود الثلث ، وقبل أن يتوفى (أ) صدر قانون جديدي لا يجيز الوصية إلا فى حدود الربع ، فإن القانون الجديد هو الذى يطبق ، حتى وإن كان المركز القانونى ، قد بدأ فى ظل قانون قديم .

ومؤدى الأثر الفورى للقانون الجديد ، أنه ينطبق على كل الآثار التى تترتب بعد نفاذه ، حتى ولو كانت ناشئة عن مراكز قانونية تمت فى ظل قانون قديم ، مادام أن آثارها لم تتحقق إلا فى ظل القانون الجديد .

وعلى ذلك فإذا صدر قانون جديد يجيز للزوجة خلع زوجها بإرادتها المنفردة[1] . فإنه ينطبق على كل من ترغب فى الخلع . حتى ولو كان عقد الزواج قد أبرم فى ظل قانون قديم لا يجيز للزوجة خلع زوجها .

---

(١) تقضى المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٠٠٠/١ بأنه " للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه ، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وأفتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية ، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

وإذا صدر قانون جديد يخفض سعر الفائدة على القروض من ١٠% إلـــى ٧% فإنه ينطبق على الفوائد التى تستحق فور العمل به أى ولو كانت ناشـــئة عن عقود قرض فى ظل قانون قديم .

استثناء من مبدأ الأثر الفورى :

١٥٢-إذا كانت النظرية الحديثة تقوم على جانبين أحدهمـــا ســلبى ، مؤداه عدم رجعية القانون ، والثانى إيجابى ، يقوم على أن القـــانون الجديـــد ينطبق على المراكز ، أو الوقائع التى تتم فى ظله ، حتى ، ولو بدأت فى ظـــل قانون قديم. فقد استثنى أنصار النظرية من مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديـد . ما يتعلق بآثار العقد فى المستقبل ، حيث تظل خاضعة للقانون القديـــم الــذى أبرم العقد فى ظله شريطة ألا تتعلق هذه الآثار بالنظام العام .

وهو ما يطلق عليه الأثر المستمر للقانون القديم . تعبيرا عن أن العقـود ، تظل محكومة بالقانون الذى أبرم العقد فى ظله . ولا يعتبر من ذلك صـــدور قانون جديد ، يعدل من هذه الآثار ، مادام أنها لا تتعلق بالنظام العام .

وتستمد هذه الاستثناءات مبرراتها من اعتبارات عملية ، تقوم على حماية الثقة فى المعاملات واستقرار الأوضاع التى تستوجب عدم ســـريان القـــانون الجديد على العقود التى أبرمت فى ظل قانون سابق .

أما إذا تعلقت آثار العقد بالنظام العام ، فإن القانون الجديد ينطبق عليـــها ، لو أبرم العقد فى ظل قانون قديم .

تقدير النظرية الحديثة :

١٥٣-تعتبر النظرية الحديثة اليوم هى النظرية التى يعتنقها أغلب الفقـه . فقد نجح أنصارها فى إقامة تفرقة واضحة بين الأثر الرجعى والأثر الفـــورى أو المباشر للقانون الجديد . وهى تفرقة لم يســـتطع فقـــه النظريـــة التقليديـــة التوصل إليها .

وبذا ، فإن القانون الجديد ينطبق على كل ما يقع من آثار فى المســـــتقبل أى بما فى ذلك الآثار المستقبلة لوقائع قديمة ، دون أن ينعى على ذلك بأنــــها من قبيل رجعية القانون بل أنها أعمال للأثر الفورى أو المباشر للقانون . فيمـــا يرى أنصار النظرية التقليدية بأن ذلك رجعية للقانون غير جائزة .

كذا فإن فقه النظرية الحديثة قد تفادى معيار الحـــق المكتســـب ومجـــرد الأمل ، وهو غامض ، وغير محدد ، وغير جامع فيما قدمنا آنفا .

وأخيرا ، فإن جوهر النظرية الحديثة سريان التشريع الجديد فـــى الحـــال بالنسبة للمستقبل بما يتفق مع نية المشرع ، ويساهم فى توحيد التنظيم القانونى

بالنسبة للروابط القانونية [1].

إلا أنه يؤخذ على النظرية الحديثة اعتبارها القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء من مبدأ الأثر الفوى ، وحقيقة الأمر أنه لا رجعية فى القوانين التفسيرية . لأنه لا يوجد تنازع بين قانونين فى الزمان [2]. على سند من القول بأن القاعدة القانونية الجديدة فى القانون التفسيرى لا تخرج عن كونها تفسيرا للقاعدة القانونية فى القانون القديم ، فلم تعدل منها أو تغير من حكمها ، وبعبارة أخرى لم يتغير حكم النص القديم ، بصدور قانون جديد يفسر غموضه . فالحكم الذى يطبق فى النهاية واحد .

كذا ، يؤخذ على فقه النظرية الحديثة ، أنها عمدت إلى التفرقة بين المركز العقدى ، والنظام القانونى . وعلى سند من القول بأن المراكز العقدية الجارية التى تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد ، وظلت قائمة ، ومنتجة لآثارها تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله ، خروجا من مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد. أما إذا تعلق الأمر بالنظام القانونى ، فتبقى العقود محكومة فى آثارها المستقبلة وفى انقضائها بالقانون الجديد إعمالا لفكرة الأثر

(١) البدراوى ، ص ١٨٥ ، بند ١٣٠ .

(٢) حسن كيره ، ص ٣٧٣ ، بند ٢٠١ .

الفورى أو المباشر. ومعنى ذلك أن فقه النظرية الحديثة قد استبدل مبدأ الفورى بالأثر المستمر للقانون القديم بخصوص المراكز التعاقدية وحدها ، دون الأنظمة القانونية .

ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها ، تطبيق القانون القديم بأثر مستمر على المراكز التعاقدية ، حتى ولو تعلق القانون الجديد بالنظام العام ، والآداب العامة .

والتساؤل يثور بصدد ماهية المراكز العقدية التى تظل محكومة دائما فى آثارها المستقبلة بالقانون الذى تكونت فى ظله رغم صدور القانون الجديد ، وبنى الأنظمة القانونية التى ينطبق عليها القانون الجديد بأثر فورى أو مباشر.

الواقع أن فقه النظرية الحديثة ، لم يعرف المقصود بالمراكز العقدية ، والأنظمة القانونية ، بل سعى إلى ذكر أمثلة. منها ، أن تخفيض الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، يعتبر من المراكز العقدية ، أما القوانين المتعلقة بالزواج ، فهو نظام قانونى . وكذلك الحال بالنسبة للقوانين الخاصة بتحديد الحقوق العينية ، ومضمونها ، وآثارها ، والقوانين المتعلقة بالعملة ، والنقد ، وقوانين الضرائب ، وقانون العمل ، تدخل مما يسمى بالأنظمة القانونية . تسرى بأثر فورى أو مباشر منذ نفاذها على العقود المبرمة فى ظل القانون القديم .

ومعنى ذلك أن المراكز العقدية ، هى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارهـــا بإرادتهم ، وتظل آثارها المستقبلة ، محكومة بالقانون القديم ، بينمـــا الأنظمـــة القانونية ، هى التى يحددها القانون ويبين مضمونها ، ويسرى القانون الجديـــد بأثر فورى أو مباشر على آثارها المستقبلة ولو أبرمت فى ظل قانون قديم .

ومع ذلك فقد قصر فقه النظرية الحديثة على وضع الحد الفـــاصل بيـــن المراكز العقدية ، والأنظمة القانونية بما يترتب عليه من خلط فى تحديد نطـــاق تطبيق كل من القانونين القديم ، والجديد بشأن الآثار المستقبلة للعقود .

وفى محاولة للتغلب على غموض التفرقة بين المراكز العقدية والأنظمـــة القانونية ، اتجه الأستاذ " روبييه [1] " إلـــى إدخـــال فكـــرة النظـــام العـــام ، وذلك للحد من تطبيق القانون القديم بـــأثر مســـتمر علـــى الآثـــار المســـتقبلة للعقود ، وطرق انقضائها. وبذا ؛ ينطبق القانون القديم طالما يتعلـــق الأمـــر بالنظام العام.

وقد رأينا بأن النظام العام ، فكرة نسبية ، ومرنة ، إلا أن روبيه لم يـــأخذ بها على إطلاقها للحد من سريان القانون القديم بأثر مستمر ، بل يعتـــد فقـــط بالمسائل المهمة والخطيرة المتعلقة بالنظام العام . وبذا ظلت التفرقة الجديـــدة ، ينقصها التجديد ، أو الوضوح .

---

(١) من فقهاء النظرية الحديثة فى مؤلفه :

E Conflits de lois dans le temps . 2 vol. 1929, p. 617 – 618.

المطلب السابع

تفسير القانون

تمهيد وتقسيم :

١٥٤-إذا انتهينا إلى تحديد السلطة القائمة على تطبيق القانون " القضاء " وبيان نطاق تطبيق القانون من حيث المكان ، والزمان لا يبقى لأجل تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة المعروضة سوى تفسير نصوصها .

والتفسير هو الوقوف عند المعنى الحقيقى للنص القانونى والبحث عن الحكم الواجب تطبيقه على الواقعة محل النزاع وإذا كان التفسير هو تحديد المعنى الذى تتضمنه القاعدة القانونية فإن مشكلاته لا تثور إلا بصدد القوانين المكتوبة " التشريع " كأهم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، خصوصا وأن نصوصه تصاغ بعبارات موجزة ، تثور المشكلات بصدد تفسيرها أو الاستدلال على ما تتضمنه ، لذا قد يتدخل المشرع نفسه بإصدار قانون يفسر المقصود بالقانون القديم يسمى بالتشريع التفسيرى .

وثمة علاقة بين تفسير القانون ، وكيفية صياغته ، والثانية تؤثر على الأول إيجابا أوسلبا .

١٥٥-وسوف نوزع دراستنا فى تفسير القانون على أفرع أربعــة : **الأول** فى أنواع التفسير ، **والثانى** عن المذاهب المختلفة فى التفسير ، **وأخيرا** عـــن طرق التفسير وقواعده ، والرابع فى صياغة القاعدة القانونية .

الفرع الأول : أنواع التفسير

١٥٦- المشرع - فيما ذكرنا - قد يقوم بتفسير القانون،فيما يسمى بالتفسير لتشريعى ، وقد يقوم الفقه بالتفسير ، وهو يعرض لشرح النصوص القانونية فيسمى بالتفسير الفقهى . وقد يقوم القضاء عند تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة بتفسير النصوص القانونية فيسمى بالتفسير القضائى .

المحور الأول : التفسير التشريعى :

١٥٧-المقصود بالتفسير التشريعى قيام المشرع نفسه بتفسير غموض أو لبس فى النص القانونى ، عن طريق إصدار قانون لاحق أو يقوم المشرع - فى ذات النص القانونى ، بتفسيره . فالتفسير التشريعى إذن على طريقتين : **الأولى** ، تفسير النص عن طريق نص تشريعى معاصر له، ومثال ذلك تعريف المشرع المقصود بالعامل ، فى قانون العمل . وتحديد المقصود بالسر فيما يتعلق بالجرائم الماسة بأمن الدولة . **والثانية** ، صدور تشريع لاحق يفسر غموض القانون السابق ، خصوصا إذا اختلفت المحاكم بشأن تحديد معناها فيقوم التفسير التشريعى لها عندئذ بالقضاء على خلاف لم يقصده المشرع عند صياغة النص .

والتفسير التشريعى للنص القانونى فى ذات القانون ، ينظر إليه بعين

غير راضية اعتبارا بأن المشرع ، يحدد المسائل الكلية والقواعـــد الأصوليـــة للنصوص القانونية ، وعليه أن يترك تفسيرها للفقه والقضاء لكى يزدهر .

أما التفسير التشريعى للنص التشريعى ، عن طريق إصدار تشريع لاحـق يفسره مكروه فى ظل مبدأ الفصل بين السلطات ، واعتبارا بأن دور المشـــرع يقف عند حدود سن التشريع ، أما تطبيق النـــص علـــى الوقـــائع ، فمـــتروك للقضاء ، والقول بغير ذلك يعنى افتئات الســـلطة التشـــريعية علـــى الســـلطة القضائية . لذا أصبح نادرا ، أن يتدخل المشـــرع لتفســـير تشـــريع ســـابق . ويضرب الفقه مثلا على التفسير التشريعى للقانون ، بقانون لاحق ، بمـــا ورد بنص م ٧٣ من قانون العمل القديم باحتساب مكافأة نهاية الخدمة على أســـاس أجر نصف شهر فى كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، وأجر شهر عـــن كل سنة من السنوات التالية ، مع اعتبار الأجر الأخير أساسا لحساب المكافـأة. إلا أن النص المذكور لم يبين ما إذا كانت المكافأة عن مدة الخدمـــة الســـابقة على صدوره تستحق على أساس القانون الجديد (ق١٩٥٩) أو علـــى أســـاس القوانين التى كان معمولا بها قبل صدوره . فاختلفت المحاكم فى تطبيق النص البعض على أســـاس أن المكافأة عن مدة الخدمة السابقة تستحق على أســـاس قانون العمل الجديد، والبعض على أساس القوانين التى كانت قائمة من قبل .

لذا ، تدخل المشرع لاحقا ، بفقرة جديدة ، تقضى بأن حكم المادة ٧٣ من قانون العمل لا تسرى إلا فى حدود ما كان منصوصا عليه فى القانون السابق / ١٩٥٢ ، فيما يتعلق بمكافأة مدة الخدمة السابقة على العمل به .

١٥٨-ولنا ملاحظات عدة على التفسير التشريعى :

- أن الالتجاء إلى التفسير التشريعى نادر فى الدول الحديثة ، أخذا من مبدأ الفصل بين السلطات ، فيترك للسلطة القضائية عند تطبيق التشريع تفسير نصوصه .

- أن التفسير التشريعى يعتبر ملزما للقاضى بعكس أنواع التفسير الأخرى على ما سنرى حالا .

- أن التفسير التشريعى ، بقانون لاحق لا يعدو أن يكون مجرد تفسير للنص الأصلى - ويعنى أنه قد صدر فى الوقت الذى صدر فيه القانون الأصلى ، فيكشف عن حكم التشريع الأصلى ، ولا ينشئ لحكم جديد مغاير له أو معدل فيه . فليس فى القوانين التفسيرية إذن أى أثر رجعى . كما فهم من ذلك فقه النظريتين التقليدية ، أو الحديثة .

- وأخيرا ، فالتشريع التفسيرى يصدر عادة من ذات الجهة التى أصدرت التشريع الأصلى المراد تفسيره . كما فى المثال الذى عرضنا له ،

ومع ذلك يمكن أن يصدر التفسير التشريعى من جهة أخرى . ومثال ذلــك أن أحكام قانون الإصلاح الزراعى كان يصدر تفســيرها مــن الهيئــة العامــة للإصلاح الزراعى .

- أن الدستور المصرى قد نص على إنشاء محكمــة دســتورية عليــا ، يدخل ضمن اختصاصها تفسير النصوص التشريعية م ١٧٤ ، وما بعدها مــن الدستور . وقد صدر فعلا القانون رقم ١٩٧٩/٤٨ بإصدار قــانون المحكمــة الدستورية للنصوص التشريعية . وبذا قلت الحاجة إلــى تفســير النصــوص القانونية بطريق إصدار قانون لاحق يفسرها .

المحور الثانى : التفسير القضائى :

١٥٩-ذكرنا أن السلطة القضائية تقوم على تطبيق النصوص القانونيــة ، ولذلك يقوم القضاء بتفسير نصوص القانون، حتى يمكن الاستدلال علــى مــا تتضمنه ، ومن ثم مطابقتها بواقعة النزاع . وبذا ؛ فالقاضى يفسر النصــوص التشريعية ، أثناء نظر الدعاوى .ولا يمكن تطبيق القانون قبل تفسيره .

والمهم ، أن القاضى لا يفســر النصوص القانونية إلا بمناسبة الدعــاوى التى تعرض عليه . وبالتالى لا يصح لفرد ، أو جهة أن تلجأ إلــى القــاضى للمطالبة بتفسير نص قانونى يثور الشك أو الغموض بشأنه . والقاضى عندمــا

يفسر النص القانونى ، بمناسبة الدعوى المرفوعة ، لا يحتاج فى ذلــك إلــى طلب من الخصوم ، بل يقوم بذلك من تلقاء نفسه . فمهمته فيما رأينا ، العلــم بالقانون .

كما أن التفسير القضائى ، غير ملزم من الناحيــة القانونيــة بمعنــى أن تفسير القاضى لنص ما ، أثناء نظر الدعوى ، لا يلزم غيره من القضاة . بــل أن ذات المحكمة لا تتقيد بذات التفسير فى دعوى مماثلة .

ومع ذلك يصبح التفسير القضائى ملزما فى حالتين هما :

١- إذا قررت محكمة النقض ، نقض الحكم المطعون فيه أمامها ، لغــير سبب مخالفة قواعد الاختصاص ، فإنها تحيل الحكم ، بعد نقضــه إلــى ذات المحكمة التى أصدرته لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم . وفي هذه الحالة تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بأن تتبع حكم محكمة النقــض فــى تفسير المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة . والمعنى أن التفســير القضائى - فى هذا الفرض - ملزم .

٢- أن القانون الصادر بإنشاء المحكمة الدستورية العليا ، يخولها تفسير النصوص التشريعية تفسيرا ملزما ، مع نشر القــرارات الصــادرة بتفســير النصوص التشريعية فى الجريدة الرسمية .

وجدير بالملاحظة أن التفسير القضائى ، يغلب عليه الطابع العملى حيث يفسر القاضى النص القانونى بمناسبة الدعوى المرفوعة ، فيتأثر تفسيره بظروفها ، وما يحيط بها من ملابسات . وفى هذه الحالة ، فإن تفسير القانون يختلط مع خلق القانون . بل إن القاضى إذا لم يجد حلا للمسألة المطروحة أمامه فى مصادر القانون المختلفة ، فإنه يخلق هذا الحل عن طريق الرجوع إلى روح القانون أو جوهره ، وهو القانون الطبيعى ومبادئ العدالة على أن التفسير لا يقتصر على القانون المكتوب " التشريع " وحده بل ينصرف كذلك إلى القانون غير المكتوب " العرف " .

المحور الثالث : التفسير الفقهى :

١٦٠-المقصود بالتفسير الفقهى ، ما يقوم به فقهاء القانون من شرح للنصوص التشريعية فى مؤلفاتهم ، وأبحاثهم ليس بمناسبة دعاوى مرفوعة ، كما هو الشأن فى التفسير القضائى ، فتصبح مهمة الفقيه استخلاص حكم القانون والتوصل إلى غرض المشرع منه بعيدا عن الوقائع أو الظروف العملية . وبذا يغلب على التفسير الفقهى الطابع النظرى أو الأكاديمى .

ويجب أن يكون الفقه معاونا القضاء فى تفسير النصوص القانونية فيدخل في اعتباره عند شرح النصوص القانونية ، ما انتهت إليه أحكام المحاكم فى هذا الخصوص كما يتعين على المحاكم الإفادة بما انتهت إليه آراء الفقهاء .

فإذا سلمنا بأن الفقه ليس مصدرا من **مصادر** القانون ، وإنما ينحصر دوره فى تفسير القانون . تعين التنبيه إلى **مسألتين** :

الأولى : أن إجماع الفقهاء هو المصدر **الثالث** للتشريع الإسلامى يأتى تاليا للقرآن والسنة ... ومع اختلاف **الفقهاء** ، وتشعب المذاهب الإسلامية إلى قسمين كبيرين : الشيعة ، والسنة . **ومع انقسام كل مذهب إلى** مذاهب متفرقة ، فقد أصبح لكل مذهب إقليمه الخاص . ودليل **ذلك أن أرجح الأقوال فى** المذهب الحنفى لا تزال واجبة **التطبيق فى مصر فى كل المسائل التى تجعل** بشأنها المشرع إلى **الشريعة الإسلامية** . وتأكيدا **لذلك** ، وتفصيلا **له** ، تنص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٠٠/١ على أن **الأحكام** تصدر طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها . **ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى** تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب **أبى حنيفة** .

والمسألة الثانية : أن دور الفقه ، وإن انحصر فى التشريعات المدنية على تفسيرها ، إلا **أنه غير قاصر على التحليل** ، **أو التجميع** ، أو التنسيق بين النصوص التشريعية ، بل **أن الفقه يوجه النقد إلى التشريع** ، **بما يؤدى عادة** إلى تغيير موقف المشرع **لاحقا** .

بل إن العديد من التشريعات ، **لم يتم تعديلها إلا بعد توجيه** الانتقادات الفقهية إليها .

الفرع الثانى : مذاهب التفسير

تمهيد وتقسيم :

١٦١-التفسير - فيما رأينا ، يعنى التعرف على المعنى المقصود بالنص التشريعى نجد أن التوصل إلى تحديد الغرض المقصود من النص ، مسألة تختلف باختلاف المذهب المعمول به فى التفسير . وبعبارة أخرى ، فالقول بأن القانون مرده إلى إرادة الدولة ، ومنشأة التشريع يعنى تقديس النصوص ،، أو التزام النص ، للبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص . أما اعتبار القانون وليد إرادة الجماعة ، يتطور بتطور ظروفها يعنى تفسير النصوص طبقا لظروف ، وحاجات التطور الاجتماعى .

أما الاعتقاد بأن القانون ، علم ، وصياغة يعنى تفسير النصوص تفسيرا علميا حرا ، فيرجع القائم بالتفسير إلى جوهر القانون ، وحقائقه التاريخية ، والعلمية ، والمثالية المختلفة[١] .

١٦٢-ونعرض للمذاهب المختلفة فى التفسير محددين اتجاه المشرع المصرى على النحو الآتى :

---

(١) أنظر : عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، ص ٩ ؛ تناغو ، ص٧٤٩ ، بند ٢٥٢ وبعده .

١٦٣- أولا - مدرسة التزام النص: L'ecole de l'exegése

ازدهرت حركة التقنين فى بداية القرن التاسع عشر ، عندما جمع نابليون النصوص القانونية فى كل أفرع القانون فى تقنين مستقل . فاعتقد هؤلاء بأن التقنين يشتمل على كل شئ ، ومادام الأمر كذلك فينحصر دور التفسير عند حدود إلتزام النص واستخلاص الحكم منه للتعرف على قصد المشرع وقت وضع النص . ومعنى ذلك أن على المفسر التعرف على القصد الحقيقى للمشرع من ألفاظ النص وعباراته . فإن لم يوجد نص تشريعى يحكم المسألة المطروحة تعين البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع . فيضع المفسر نفسه ، موضع المشرع ، بافتراض أنه يواجه الواقعة ، التى لم يضع لها نص . إنما فى وقت وضع النص [١].

وبذا : فتقديس النصوص القانونية ، قد انعكس عند فقهاء مدرسة التزام النص ، على حصر نطاق التفسير على البحث عن نية المشرع الحقيقية أو الافتراضية وقت سن التشريع . وطبقا لفقه المدرسة المذكورة ، يجوز للمفسر، عند البحث عن الإرادة الحقيقية أن يلجأ إلى عناصر خارجية بعيدة

---

(١) من فقهاء مدرسة التزام النص ، أو الشرح على المتون Blondeau.عميد كلية حقوق باريس ١٨٤١ و Valette و Demolombe و Bugnet .

عن ألفاظ النص ، وعباراته . منها مثلا حكمة التشريع والاستعانة بالمصـــادر التاريخية ، والأعمال التحضيرية .كما يلجأ إلى قواعد المنطق الشكلى .

ومن المسلم به أن حكمة التشريع تعين على تفسير النصوص ويضـــرب الفقه مثلا على ذلك بكلمة الليل الواردة فى قانون العقوبـــات بوصفـــها ظرفـــا مشددا للعقوبة فى جريمة السرقة . ولها معنيان . لفظـــى ، يفيـــد الإظـــلام ، وفلكى ، هو الفترة الواقعة بين غروب الشمس وشروقها . والذى يفيد فى تبنى معنى دون آخر هو حكمة النص وهى أن يتحد اتخاذ المجرم من الليل ســـتارا لارتكاب السرقة .

كذا يستعين المفسر بالمصادر التاريخية للتعرف على غـــرض المشـــرع الحقيقى ، ومنها مثلا الشريعة الإسلامية لتفهم مسائل المـــيراث والوصيـــة ، والشفعة والقانون الفرنسى لفهم أغلب مسائل القانون المصرى .

وأخيرا ، يكون للمفسر الاستعانة بالأعمال التحضيرية ، والمناقشات التـــى صاحبت صياغة النص التشريعى للوقوف عند المعنى الحقيقى الـــذى قصـــده المشرع .

بقى أن نوضح بأنه إذا كان هدف التفسير الوقوف عند المعنى الحقيقى أو الافتراضى الذى قصده المشرع بالنص القانونى . فإن نصوص تفسير القـــانون

الجنائى لا يهدف سوى التعرف على الإرادة الحقيقية لا المفترضة للمشـــرع ، أخذا من مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " فلا يتخذ المفسر مـــن النـــص الجنائى سبيلا لإضافة ، أو حذف أو تقييد جريمة من الجرائـــم ، أو العقوبـــة المحددة لها . لذا فالقاعدة ، تفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا .

تقدير مدرسة التزام النص :

النتيجة التى تترتب على تفسير النصوص القانونية وفقا لمدرســة إلـــتزام النص هى تحقيق الثبات والاستقرار للنصوص القانونية ومنع تحكم القضـــاة . وفيما عدا ذلك يؤدى مذهب إلزام النص ، بما يضفيه علـــى النصـــوص مـــن تقديس إلى جمود التشريع وعدم تطوره بتطور الظروف الاجتماعية،وغيرها .

كذا ، أدى الوقوف بالتفسير عند البحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع إلى الإسراف فى الالتجاء إلى طرق التفسير النفظـــى ، أو اللغـــوى ، ووسائل الاستنتاج الأخرى برغم ما يحيط بذلك من محاذير .

على أن أهم نقد وجه إلى مدرسة التزام النص ، أنها تعتبر التشريع هـــو المصدر الوحيد للقانون.وبذا تحصر دائرة تفسير القانون وحده فى التشريع .

ثانيا – المدرسة التاريخية L'ecole historique والاجتماعية :

كان للانتقادات التى وجهت إلى مذهب إلتزام النص، خصوصا من ناحية

النتيجة ، وهى جمود التشريع ، وعدم تطوره بتطـــور ظـــروف المجتمـــع أو حاجاته أثرا فى ظهور المدرسة التاريخية والاجتماعية – وفيـــها ، يجـــب أن تفسر النصوص التشريعية بحيث تكون متفقـــة مـــع الظـــروف الاجتماعيـــة والاقتصادية فى الوقت الذى يحصل فيه التفسير ، وليس فـــى وقـــت وضـــع النص التشريعى(١) .

ولم يلتفت فقه المدرسة التاريخية والاجتماعية إلى البحـــث عـــن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع ، كما فعل فقه المدرسة السابقة ، فالعبرة عنـــد هؤلاء بالإرادة المحتملة للمشرع ، لـــو واجـــه ذات الظـــروف الاجتماعيـــة والاقتصادية وقت تفسير القانون ، لتطبيقه .

ويقوم فقه المدرسة التاريخية والاجتماعية فى التفسير على نظرة فلســفية للقانون باعتباره من خلق الجماعة ، يتعيـــن أن يتطـــور بتطـــور واقعـــها أو حاجاتها ، ويقف دور المشرع عند حد وضع التشريع ، وبعدها فلا عبرة فـــى التفسير بإرادة المشرع . حيث يكون للتشريع بعد وضعه كيان مستقل ، مرتبط بواقـــع الجماعة ، وظروفـــها . وبذا يتعين تفسيره طبقا لما تكون عليه هـــذه الظروف وقت التفسير .

---

(١) تنسب المدرسة التاريخية والاجتماعية أساسا إلى سافيتى فى ألمانيا، وسالى فى فرنسا.

تقدير المدرسة التاريخية والاجتماعية :

١٦٤-انبثق فقه مدرسة التفسير التاريخى والاجتماعى للقانون من النقـــد الأساسى الموجه إلى مدرسة إلتزام النص . فتلافى فقه الأولى ، النقـــد الـــذى وجه للثانية من حيث ما يؤدى إليه من جمود التشريع وعدم تطـــوره بتطـــور ظروف الجماعة .

وبذا ؛ يصل فقه المدرسة التاريخية والاجتماعية بالتفســير إلـــى حلـــول تشريعية تلائم العصر الحديث .

ومقابل ذلك يخشى أن يترتب على تفسير النصـــوص التشـــريعية طبقـــا للظروف إلى التحكم ، فنخرج عن النص القانونى ، بحجة مسايرة التطـــور ، فينتهى الحال إلى عدم الثبات والاستقرار للنصوص التشريعية .

وبذا ؛ يترتب على مدرسة إلزام النص ، جمود التشريع وعدم تطـــوره ، ويترتب على مدرسة تفسير النص وفقا للظـــروف الاجتماعيـــة والتاريخيـــة الخروج على النص بحجة مسايرة هذه الظروف .

ثالثا - المدرسة العلمية : La libre recherche scientifique

١٦٥-ظهرت المدرسة العلمية،أساســـا لمواجهة جمود التشريع، وتقديسه

بما يؤدى إلى جموده ، إعمالا لمذهب إلتزام النص . ومواجهة الخروج على النصوص التشريعية بحجة تفسيرها وفقا للظروف المستجدة ، أخذا من المذهب التاريخي والاجتماعى .

وعند فقهاء المدرسة العلمية أن القانون ليس وليد إرادة المشرع وحده ، وبذا فالتشريع ليس المصدر الرسمى الوحيد للقانون فإذا لم يوجد تفسير للمسألة بالتشريع تعين الرجوع إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، وأهمها العرف ، فإن لم يوجد تعين الالتجاء إلى ما يسمى بالبحث العلمى الحر أى البحث عن حكم للمسألة وفقا لجوهر القانون ، والعوامل المختلفة التى يحصرها " جينى " فى حقائق عدة : الحقائق الطبيعية ، والعقلية،والمثالية[١] .

والمهم أن المدرسة العلمية تقوم على البحث عن الإرادة الحقيقية للمشروع فإن تعذر التوصل إليها عن طريق التفسير ، يتم الالتجاء إلى الإرادة المفترضة كما هو الشأن فى مدرسة إلتزام النص بل يتعين الالتجاء إلى المصادر الرسمية الأخرى لقانون .

---

(١) فى مؤلفه الشهير عن وسائل التفسير ومصادر القانون الخاص الفرنسى ، طبعة باريس ١٩٥٤ ، خصوصا صفحات ٣٦٢ وما بعدها .

رابعا- مذهب التفسير في القانون المصرى :

١٦٦- أشرنا بأن مذاهب التفسير متعددة ، بعضها يقوم على إلتزام النص ، وبعضها يقوم على النواهى العملية ، فيدخل الواقع الاجتماعى والتاريخى فى الاعتبار عند التفسير . وبعضها لا يقصر التفسير على ما يرد بالنصوص التشريع ، فيدخل فى الاعتبار المصادر الأخرى للقانون .

ويبدو أن المشرع المصرى لم يلتفت إلى مدرسة إلتزام النص وإن تأثر - مع ذلك - بفقه المدرسة الاجتماعية التاريخية ، وفقه المدرسة العلمية فى التفسير . ودليل ذلك ما يلى :

ورد نص المادة الأولى من القانون المدنى على أن " تسرى النصوص التشريعية فى لفظها أو فحواها على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فإن لم يوجد نص تشريعى ...

وتعليقا على النص المذكور ، جاء بالمذكرة الإيضاحية " وليس للتشريع فى حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المثول " مدرسة إلتزام النص " وإنما هو أهم مصادر القانون دون تنازع ... ولذلك يخلق بالقاضى أن يلتمس الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا ومتى وحد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه ، وامتنع

وتابعت المذكرة الإيضاحية بأن تقصى روح القانون وفحواه ، يكون بالرجوع إلى مصادره التاريخية ، أو أعماله التحضيرية إما باستنباط لوازمه، أو الكشف عن حقيقة مفهومه ، أو دلالته بطرق التفسير المختلفة ... والواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها ، وأصبح للظروف الاجتماعية فى تحديد نطاقه ومراسيه شأن يتجاوز فى خطره تلك النية التى تقدم ذكرها ... " فدل ذلك بوضوح على تأثر القانون المصرى بالمذهب الاجتماعى ، والتاريخى فى التفسير - فضلا عن تأثره بالمذهب العلمى الذى يقوم على استقصاء روح النص وفحواه بقصد التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع ، كما يبين من نص المادة الأولى سالفة الذكر .

ومن ناحية أخرى إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن عن طريق تفسيره مواجهة النزاع المطروح لا يقف القاضى عند التشريع كمصدر رسمى وإنما عليه الالتجاء إلى المصادر الرسمية الأخرى ، وأهمها العرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، وقواعد العدالة ، ومبادئ القانون الطبيعى فدل ذلك على تأثر واضح بمذهب المدرسة العلمية .

الفرع الثالث : طرق التفسير وقواعده

١٦٧-إعمالا لنص المادة الأولى من القانون المدنى فإن النصوص التشريعية تسرى فى لفظها ، وفحواها على المسائل التى تتناولها هذه النصوص . فإذا لم يوجد نص تشريعى ، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة ، وقواعد القانون الطبيعى . فدل ذلك على أن القاضى ، عليه بداية أن يلجأ للنصوص التشريعية ليطبقها على النزاع عن طريق تفسيرها . ولا يصح له أن يلجأ إلى المصادر الأخرى إلا إذا أعوزه نص تشريعى . إنما لا يجوز للقاضى ، ألا يحكم فى النزاع بحجة عدم وجود نص وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة . لذا ، على القاضى أن يلجأ إلى مختلف طرق التفسير ، للاستدلال على حكم المسألة من التشريع أو من المصادر الرسمية الأخرى .

ويتعين – فى هذا الصدد – التفرقة بين مسألتين : **الأولى** أن يكون النص التشريعى سليما،فيقتصر دور المفسر على الاستدلال على المعنى من لفظ النص،وفحواه.فإن كان النص غير سليم أو معيب تعين عليه الالتجاء فى تفسيره إلى الأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية،والحكمة من النص بل وتقريب لنصوص بعضها من بعض للتوصل إلى القصد الحقيقى .

١٦٨-وفيما يلى نعرض لطرق التفسير وقواعده فى حالة النص السليم - ثم فى حالة النص المعيب .

المحور الأول- حالة النص السليم :

١٦٩-إذا تبين أن النص سليم ، تعين استخلاص معناه من لفظه ، وعباراته . فيما يسمى بالتوصل إلى المعنى من المنطوق ، فإذا لم يتيسر استخلاص المعنى من ألفاظ النص ، وعباراته أمكن الاستدلال عليها من روح النص وفحواه فيما يسمى بالمعنى الواسع للنصوص القانونية ونعرض بداية للمعنى الضيق للنص ، ثم المعنى الواسع للنص .

أولا - **المعنى الضيق :**

١٧٠- ذكرنا أن استخلاص لمعنى من لفظ النص ، وعباراته يعنى الاعتداد بمنطوق النص . وفى هذا الصدد لا ينبغى الوقوف عند الألفاظ ، والكلمات ، بل يجب أن يؤخذ فى الاعتبار مجموع عبارات النص ، اعتبارا بأن العبرة بالمقاصد والمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى .

ومع ذلك يختلف الحكم بحسب ما إذا كان النص واضحا لا يحتمل التأويل ، أو غير واضح بحيث يحتمل التأويل . والتأويل فى فقه الأصول هو

صرف اللفظ عن ظاهره بدليل [1] .

١- حالة النص الذى لا يحتمل التأويل :

١٧١-يكون النص واضحا لا يحتمل التأويل إن دلت عبارته على معناه بطريقة جازمة أو قاطعة أو تفصيلية ، أو تفصيله ، ومثال ذلك من نصوص القانون المدنى ، ما ورد بنص المادة ٢/٤٤ - أن سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .. فالعدد بالنص لا يقبل التأويل . ومثال التفصيل ، ما ورد بالمادة ٧٨٤/مدنى بأن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .. ولم يقف النص عند ذلك ، بل فصل هذه الضمانات بالقول . ويقصد بالضمانات فى هذا المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ، ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون . وبذا أن النص على وجه تفصيلى لا يحتمل معه وجود معنى آخر .

والحكم فى الحالتين ، أنه يتعين العمل بالنص الجازم أو القاطع، والمفصل كما هو دون تأويله على معنى آخر .

٢- حالة النص الذى يحتمل التأويل :

١٧٢-على عكس الحالة السابقة ، فقد يرد النص التشريعى بألفاظ

---

(١) توفيق فرج ، ص٤١٠ ، عن عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه، ط ٩، ص١٦١.

وعبارات غير جازمة ، أو مفصلة ، بما يحتمل معه تأويلها علـــى معنييـــن ، فهل يحمل النص على معناه الأول ، أو الثانى؟ الواقع أنه يتعين على المفســـر - فى الفرض السابق - الالتزام بقواعد محددة فى تفســـير النصـــوص التـــى تحتمل التأويل ، أهمها -أ- أن العام من ألفاظ النص يظل على عمومه ما لـــم يرد ما يخصصه .

والنص العام يعنى انسحاب الحكم المنصـــوص عليـــه علـــى الحـــالات الأخرى المماثلة ، فإن وجد دليل على قصر التطبيق على حالات معينة وجـــب أخذ ذلك فى الاعتبار عند التفسير .

ويضرب الفقه مثلا على ذلك بالنص الذى يقضى بجـــواز التعـــامل فـــى الأشياء المستقبلة بما فى ذلك مثلا بيع المحاصيل الزراعية قبـــل نضجـــها .. وبيع المنزل قبل إتمام البناء ... لكن المشرع خصص هذه القاعدة بنص آخـــر يقضى بأن التعامل على التركات المستقبلة باطل إلا فى الأحوال التـــى نـــص عليها القانون م١٣١/ مدنى ، فدل ذلك على استثناء التركات المســـتقبلة مـــن الحكم العام بجواز التعامل على الأشياء المستقبلة[١] .

---

(١) وتبرير ذلك أن التعامل فى التركات المستقبلة مضاربة على حياة المـــورث ، ورغبـــة فى التعجيل بموته ، لذا فتحريمها يتعلق بالنظام العام .

ب- أن المطلق من الألفاظ ، يظل على إطلاقه ما لم يرد دليـــل علـــى تقييده .

ومثال الألفاظ المطلقة ، الوصية مثلا ، والألفاظ المقيـــدة أنـــه لا تجـــوز الوصية إلا فى حدود الثلث . فالثلث قيد على حق الموصى فى الإيصاء .

ثانيا- المعنى الواسع :

١٧١-المقصود بالمعنى الواسع ، استخلاص معنى النص مـــن روحـــه وفحواه ، ولا يمكن التوصل إلى ذلك إلا عـــن طريـــق وســـائل معينـــة فـــى الاستنباط أو الاستنتاج بطريق القياس أو الاستنتاج بمفهوم الموافقة ، وبمفـــهوم المخالفة ونوضح ذلك على النحو الآتى بيانه :

١- مفهوم الموافقة :

يقصد بمفهوم الموافقة دلالة النص على ثبوت حكم المنصـــوص عليـــه للمسكوت عنه بواسطة على الحكم . ذلك أن استقراء نص ما يفهم من عبارتـــه معنى معين ينطبق على حالة معينة ، لكن روح النص تفيد انطباقه على حالـــة أخرى لم يرد ذكر لها فى النص وذلك لاتحاد العلة فى كل من الحالتين .

والأخذ بمفهوم الموافقـــة يعنى توسيع مجال النظام القانونى بمد حكم ما

ورد النص عليه إلى مجالات أخرى لم يرد النص عليها متى وجد بين الحالتين علة . ولا يهم بعد ذلك أن تكون العلة متوافرة بشكل أخرى فيما يسمى بالمفهوم من باب أولى ، أو كانت العلة بالنسبة للحكم المسكوت عنه مساوية للحكم المنصوص عليه فيما يسمى بمفهوم الموافقة .

ونعرض للقياس ، ثم القياس من باب أولى على النحو الآتى بيانه :

أ- القياس :

يقصد بالقياس إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة بين الحالتين . ومن ذلك مثلا ، فقد ورد نص المادة ٩٩٧ من القانون المدنى بعدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، فيقاس على عدم جواز النزول - فى هذه الحالة المنصوص عليها - عدم جواز النزول عن الإيجار " غير المنصوص عليه " لاتحاد العلة بين الاستعمال أو السكنى وبين الإيجار وفيها يقتصر حق الشخص وأسرته على حاجاته الشخصية فقط .

ومثال ذلك أيضا ما ورد بأن القاتل لا يرث ، لأنه يتعجل حياة مورثه فيحرم من الميراث .. بينما لم يرد النص على الوصية فتأخذ نفس حكم الميراث ، من حيث أن الموصى له إذا قتل الموصى ، فلا وصية ، وذلك

لاتحاد العلة بين الميراث والوصية ... بينما نص القانون المصرى على حكم الحالتين .

ب- القياس من باب أولى :

ذهبنا فى القياس العادى إلى إعطاء حكم غير منصوص عليه ، ذات الحكم المنصوص عليه لاتحاد المسألتين فى العلة .

وفى القياس من باب أولى ، تكون العلة فى المسألة عند المنصوص عليها أشد وضوحا أو أبعد مدى عن الحالة المنصوص عليها فتأخذ حكمها من باب أولى ، أو عن طريق القياس من باب أولى .

ومثال ذلك ما ورد بقانون العقوبات المصرى بأن الزوج الذى يفاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا ، فيقتلها هى ومن يزنى بها فى الحال يعاقب بعقوبة الجنحة (الحبس) بدلا من عقوبة الأشغال الشاقة المقررة أصلا للقتل ، وهو جناية ، فالمشرع عرض لقتل لزوجة والزانية وشريكها ، لكنه لم يعرض لحالة أخرى هى أن يضربهما بما يؤدى إلى عاهة مستديمة ، وهى جناية . فهل ينطبق عليه ذات الحكم المخفف ، للقتل ، فيعاقب بعقوبة الجنحة . والإجابة بالإيجاب ، أخذا بمنطق القياس من باب أولى .

ونصت المادة ٢٧٤ من قانون العقوبات بأن المرأة المتزوجة التى ثبت

زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرتها له . ويفهم من النص أن للزوج أن يطلب إيقاف السير فى دعوى الزنى قبل الحكم فيها أخذا بمنطق القياس من باب أولى لأن من يملك الأقوى وهو وقف تنفيذ الحكم بعد صدوره يملك الأقل وهو وقف سير الدعوى .

٢- مفهوم المخالفة :

المقصود بمفهوم المخالفة ، إعطاء حالة لم يرد النص عليها عكس الحكم الذى أعطاه المشرع لحالة أخرى لأى من السببين الآتيين :

السبب الأول : إما لأن العلة مختلفة فى الحالتين ، فيستحقان لذلك حكما مختلفا ويضرب الفقه مثلا على ذلك بنص المادة ٤ من القانون المدنى " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ من ذلك من ضرر"، وتطبيقا لفكرة الحكم المختلف لاختلاف العلة ، " يكون من استعمل حقه استعمالا غير مشروع مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ". وما ورد بنص المادة ٤٣٧ مدنى على أنه إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه فسخ البيع واسترد المشترى الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع ، ويستفاد من النص بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد

التسليم أو هلك بعد إعذار البائع المشترى لتسليم المبيع لا ينفسخ البيع ولا يسترد المشترى الثمن (١).

وما ورد بنص المادة ذ١٦ من قانون الإثبات بأن للبرقيات قيمة المحررات العرفية فى الإثبات إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وبمفهوم المخالفة ، لا يكون لها هذه القيمة إذا لم يكن أصلها المودع فى البريد موقعا عليه من مرسلها .

والسبب الثانى ، فى الأخذ بمفهوم المخالفة ، أن يأتى نص المشرع على حالات معينة على سبيل الحصر، وبالتالى فما يخرج عن التعداد، ينطبق عليه الحكم العكسى ، تطبيقا لمفهوم المخالفة . ومثال ذلك ، أن المادة ١١٣٧ مدنى تنص على أن " الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب الحقوق المقررة بنصوص خاصة " .

ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة . أن الحقوق التى لم يرد النص عليها ، حصرا لا تكون ممتازة ، بل تأخذ حكم الحقوق العادية .

ونصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق له " ويفهم من هذا النص أنه لا يجوز إلغاء نص

---

(١) وانظر البدراوى ، ص١٤٨ ، بند ١٠٠ .

تشريعى بواسطة العرف .

وجدير بالملاحظة أن فقه الشريعة الإسلامية يأخذ بعضه بمفهوم المخالفة ، فيما يرفضه البعض الآخر . فقد اتجه جمهور الفقهاء إلى إمكانية الاحتجاج بمفهوم المخالفة ، بينما ذهب الحنفية إلى رفضه اعتبارا بأن ما سكت النص عنه لا يدل النص على حكمه لا نفيا ، ولا إثباتا . وبعبارة أخرى المسكوت عنه من النصوص يظل بدون حكم حتى يرد حكم له .

المحور الثانى – حالة النص المعيب :

١٧٢-قد يأتى النص القانونى معيبا بأن يقع فيه خطأ أو غموض أو نقص ، أو تعارض مع نصوص أخرى . وفى هذه الحالات تصبح مهمة الموكول إليه تفسير نصوص التشريع أكثر تعقيدا .

ويتعين عليه أن يلجأ إلى عدة وسائل للتغلب على عيوب النص أهمها ، تقريب النصوص التشريعية ، أو الأعمال التحضيرية ، والمصادر التاريخية ، والحكمة من التشريع .

١٧٣-ونعرض بداية للعيوب التى تلحق النص التشريعى ، ثم طرق تفسير النصوص المعيبة على النحو الآتى :

أولا- العيوب التى تلحق النص

العيب الذى يلحق بالنص التشريعى قد يتخذ إحدى صور أربع : الخطأ المادى ، والغموض ، والنقص فى العبارة ، وتعارض النصوص .

١- الخطأ المادى :

يقصد بالخطأ المادى ، أن يرد بالنص التشريعى لفظة لا يقصدها المشرع ، أو عدم ذكر كلمة بالنص لا تستقيم حكمه بدونها . ويضرب الفقه أمثلة على الأخطاء المادية فيما ورد بنص المادة ٦٧٦ مدنى ، بأنه " تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ، ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء .... إذا لم يقصد المشرع من هذا النص ، أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، فالأصح أن الممثل التجارى ، خلاف الجواب ، وقد سقط حرف (الواو) سهوا .

وما ورد بنص المادة ٢٥٣ و٣١٣ من قانون العقوبات بأنه يعاقب بالأشغال ...... (مؤقتا) ومؤبدا ، والأصح " المؤقتة " ، والمؤبدة .

وقد يقع الخطأ المادى لأسباب تتعلق بالترجمة ، خصوصا عن القانون الفرنسى . ومن ذلك ما ورد بنص المادة ٢/٥٥٣ من القانون المدنى بأن المؤجر يسأل عن أعمال " عماله " والأصح تابعيه ، إعمالا للأصل الفرنسى

المقابل وهو Préposé .

وفى جميع الحالات ، يتعين على الموكول إليه أمـــر التفســير إصــلاح الأخطاء المادية فى النصوص التشريعية لأنها واضحة، ولم يقصدها المشرع.

٢ – غموض النص :

يكون النص غامضا ، عندما يحتمل أكثر من معنـــى واحـد . ولا يـدل بنفس صيغته على المراد منه بحيث يحتاج إلى نظر أو تأمل أو تفكير .

ومن صور غموض النصوص التشريعية ، أن تكون خفية ، أو مشكلة.

ويقصد باللفظ الخفى أن يدل اللفظ على المعنى دلالة ظاهرة ، ولكن عنـد تطبيقه على بعض الأفراد ، أو على بعض الوقائع نوع مـــن الغمــوض ، أو الخفاء ، أما بزيادة أو نقص فى اللفظ عن المعنى المعبر عنه ، ويضرب الفقـه مثلا على اللفظ الخفى بما ورد بنص المادة ٣١١ من قانون العقوبـــات بــأن السارق هو كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره – والمنقول هو الشئ المـــادى الذى يمكن نقله من مكانه بدون تلف .

وعند تطبيق النص على سرقة التيار الكهربائى ، أثير التساؤل هل يعتـبر التيار الكهربائى منقولا ؟ وبالتالى هل يعد من يختلسه سارقا ، وقـــد انتــهت

محكمة النقض إلى اعتبار التيار الكهربائى منقولا . إذ أن لـــه قيمـــة ماليـــة ، ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر .

وكذا يعتبر اللفظ المشكل من صور غموض النص ، والمراد بـــه اللفـــظ الذى لا يدل بصيغته على المـــراد منه ، بل لابد من قرينـــة خارجية لتحديـــد المقصود منه.وعلى الموكول إليه أمر التفسير البحث عن القرينة المذكورة .

ومن أمثلة ذلك لفظ " الليل " الذى جعله المشرع ظرفـــا مشـــددا لعقوبـــة السرقة . فلم يرد فى التشريع تعريف لليل وبالتـــالى أثـــير التســـاؤل ، هـــل المقصود هو المعنى الفلكى "الفترة المحصورة بين غروب الشمس وشـــروقها " أو يقصد به الفترة التى يسود فيها الظلام فعلا . أنه لفظ مشكل يحتمـــل أكـــثر من معنى . لكن الرجوع إلى حكمة التشريع فى تشديد عقوبـــة الســـرقة ليـــلا ترجع أن المقصود ، هو الفترة التى يسود فيها الظلام ،" نظرا لما يبعثه فـــى نفس الناس من الرهبة ونظرا لما يهيئة الظلام للجانى مـــن تســـهيل ارتكـــاب الجريمة "[1] ومع ذلك رأت محكمة النقض فى حكم لها بأن المقصـــود بلفـــظ الليل هو الفترة المحصورة بين غروب الشمس أو شروقها[2] .

(١) نقض مدنى قديم ٢٢ يناير ١٩١٠ عن البدراوى ،ص١٥١ ، هـ (١)
(٢) نقض ٦ يناير ١٩٤٨ ، أحكام النقض ، مجموعة عمر ، ح٥ ، ص٤٤٦ .

٣- تعارض النصوص :

المقصود بتعارض النصوص ، تصادمها بعضها ببعض بحيث لا يمكن الجمع بينها ، إلا إذا بذل المفسر جهدا لمحاولة التوفيق بين هذه النصوص المتعارضة ، مستعينا بذلك بوسائل عدة سنراها حالا .

وعلى أية حال ، فتعارض النصوص يتخذ صورا مختلفة .

فقد يكون التعارض بين تشريعات متفاوتة فى الدرجة . وعندئذ يغلب التشريع الأقوى على النحو الذى أشرنا إليه فى تدرج التشريعات .

وقد يكون التعارض بين نصوص تشريعين متساويين فى الدرجة أو بين نصوص تشريع واحد ، وعندئذ يتعين الاستعانة بوسائل التفسير التى أشرنا إليها .

وإذا كان التعارض بين تشريعين متلاحقين فى الزمان ،وجب تطبيق القواعد التى بيناها بصدد إلغاء التشريع اعتبارا بأن التشريع الجديد ينسخ التشريع القديم .

٤ - النقص فى عبارة النصوص :

قد تأتى عبارة النص ناقصة بحيث لا يمكن فهم حكمها إلا عن طريق

تكملتها . ويستدل الفقه على ذلك ، بما ورد بنص المـــادة ٧٦ مــن القـــانون المدنى القديم التى كانت تقضى بأن التقادم المكســب بالحيــازة لمــدة خمــس سنوات شروطه ، الحيازة ، والسبب الصحيح ، من دون ذكر لحســن النيــة ، لكن القضاء والفقه أكملا هذا النقص باشتراط حسن نية الحائز لكسب الملكيـــة بالتقادم قصير المدة .

ثانيا – وسائل تفسير النص المعيب :

١٧٥–يتعين على القاضى فى تفسير النصوص المعيبة الالتجاء إلى عــدة أساليب أهمها : الأعمال التحضيريـــة ، والمصـــادر التاريخيـــة ، وتقريـــب النصوص ، والحكمة من النص

١– الأعمال التحضيرية :

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق والمذكرات التفسيرية التـــى تدور حول القانون عند صدوره ، أو عنـــد تقديمـــه كمشـــروع ، ومناقشـــات المجلس التشريعى ، وأعمال لجانه التى أعدت مشروع القانون .

والأعمال التحضيرية بالمعنى الذى بسطناه – أهم وسائل تفسير التشـــريع لأنها تبين الغرض الذى قصده المشرع من النص، كما تكشف عن الغاية منه.

ولعل هذا يفسر لنا حرص السلطة التشريعية على أن تلحق بكل قانون مذكرة إيضاحية تفسره ، وتكشف عن الغرض منه والظروف التى أحاطت به بداية من اقتراحه وانتهاء بصياغته النهائية .

وجدير بالملاحظة أن الأعمال التحضيرية لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعتبر جزءا منه ، أو مكملة له[1] ، كما أنها ليست ملزمة للقاضى ، وأخيرا ، قد تتضمن فى بعض الحالات من الآراء ما يعتبر متعارضا مع النص نفسه ، خصوصا تلك الآراء التى تثور أثناء مناقشة النصوص التشريعية فى المجلس التشريعى أو فى لجانه الفنية . وليس لها أى دور إذا كان النص التشريعى سليما ، غير معيب .

لذا يتعين الحذر ، والاحتياط عند الاستعانة بالأعمال التحضيرية ، كوسيلة لتفسير النصوص المعيبة .

٢- المصادر التاريخية :

المقصود بالمصادر التاريخية ، الإجابة عن التساؤل الآتى : ممن استقى المشرع نصوص تشريعه ؟ والإجابة أن المشرع المصرى استقى أغلب نصوص التقنين المدنى من القانون الفرنسى ، لذا يحرص الفقه والقضاء فى

---

(١) البدراوى ، ص١٥٤ ، بند ١٠٨ .

مصر على الاستعانة فى تفسير النصوص القانونية بالقانون الفرنسى كمصـــدر تاريخى إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية والتقنينات الأخرى مثل التقنيـــن الألمانى ، فليست كل نصوص القانون المصرى ، مصدرها التـــاريخى هـــو القانون الفرنسى خصوصا فيما يتعلق بأحكام القانون المدنى .

٣-حكمة التشريع :

يستعين القاضى فى تفسير النصوص المعيبة بالحكمـــة التـــى يبتغيـــها المشرع من النص Rotio legis . أى المصلحة التى يرمـــى المشـــرع إلـــى تحقيقها من النص سواء كانت المصلحة المنفردة اقتصاديـــة أو اجتماعيـــة أو سياسية . فمعنى النص المعيب يتحدد على ضوء الغاية منه .

وجدير بالملاحظة ، أنه لا يمكن الخروج على المعنى الواضـــح للنـــص بدعوى الاستهداء بالحكمة منه . فالقاضى لا يستعين بالحكمة مـــن التشـــريع كوسيلة لتفسيره إلا إذا كان النص معيبا .

٤- تقريب النصوص :

لا ريب بأن أحد أهم وسائل تفسير النص المعيب ، تقريبه من غيره مـــن النصوص التى تحكم مسائل متشابهة ، وتقريبه من المبادئ الأساســـية التـــى يعتبر النص المعيب تطبيقا لها أو فرعا منها . وذلـــك أن النصـــوص تكمـــل

بعضها بعضا . فنجد مثلا بعض النصوص يقيد المطلق فى نصوص أخـــرى . أو تفصل ما ورد فيها مجملا ، أو تنسخها . ولذا ، يعتبر تقريـــب النصـــوص وسيلة لتفسير النصوص التشريعية سواء كانت معيبة أو غير معيبة .

الفرع الرابع : صياغة القاعدة القانونية[1] :

تمهيد وتقسيم:

١٧٦-صياغة القاعدة القانونية هى الطريقة التى يتم بها التعبير عن حقيقة إرادة المشرع وهى على هذا النحو وسيلة تعطى للقاعدة الشكل العملى الذى تصلح به للتطبيق . وتفسير ذلك أن القانون يتكون من مضمون ، ووسيلة لإخراج هذا المضمون إلى حيز الوجود فى صورة تجعله صالح للتطبيق ، وهذه الوسيلة هى الصياغة فإن لم تكن الصياغة متسقة مع جوهر القاعدة القانونية أو مضمونها ، فإنها لا تكون تعبر عن إرادة المشرع . كذا ، فالصياغة يجب أن تكون واضحة ، ومحددة ، أو دقيقة .

وقد تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة ، أو مرنة . والأولى تعطى للقاعدة القانونية صفة ثابتة ، أو محددة ، لا تتغير بتغير الظروف بينما الثانية تجعل القاعدة القانونية ، متغيرة بتغير الظروف .

وللصياغة القانونية وسائل معينة ،بعضها مادى ، والآخر معنوى .

١٧٧- ونعرض - فيما يلى ، لأنواع الصياغة ، ثم الطرق التى تصاغ بها القواعد القانونية .

---

(١) للمؤلف نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، مرجع سابق ، ص١٧٧ وبعدها .

المحور الأول – أنواع الصياغة القانونية :

١٧٨-قلنا أن الصياغة قد تكون جامدة ، بما يحقق ثبات القاعدة القانونية أو مرنة ، تمنح القاضى سلطة واسعة فى التطبيق ، بما يجعل القاعدة القانونية متغيرة بتغير ظروف العمل .

أولا- الصياغة الجامدة :

١٧٩-إذا انتهينا بأن الصياغة الجامدة تحقق ثبات النص القانونى فمعنى ذلك أنها لا تمنح القاضى سلطة تقديرية بحيث يتغير الحكم بتغير الظروف ، والملابسات وإنما تقيده فى التطبيق على جميع الحالات ، بصرف النظر عن الظروف والملابسات ومثال الصياغة الجامدة ، ما ورد بنص المادة ٤٤ مدنى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية فهذه القاعدة جامدة لأنها تعطى حلا واحدا لجميع الأفراد ، برغم أن بعضهم قد يبلغ السن المحددة دون أن يبلغ درجة النضج والإدراك التى تخوله مباشرة حقوقه المدنية .

– وكذا ، نصت المادة ٨٣٤ مدنى على أنه لا يجوز البقاء فى الشيوع ، ومنع قسمة المال الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات . فهذه المدة واحدة بالنسبة لجميع الشركاء المشتاعين يتعين عليهم الالتزام بها ، بحيث يكون لأى منهم بعدها طلب قسمه المال الشائع ، حتى ولو كان الشيوع يحقق لهم مصلحة

بأفضل مما تحققه القسمة ، فقد ذكرنا أن القاعدة الجامدة لا تدخل فى اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات . فيما يسميها البعض بحق بأنها تحقق فكرة العدل المجرد [1] .

وتتميز الصياغة الجامدة بأنها تؤدى إلى الاستقرار ، والأمن فى المعاملات ، باعتبار أنها تتضمن حلا واحدا لا يتفاوت بتفاوت الظروف والملابسات . إنما يخشى أن يتحقق الاستقرار والأمن فى المعاملات على حساب مسايرة التطور الاجتماعى الذى قد تحققه الصياغة المرنة للنصوص القانونية .

ثانيا- الصياغة المرنة :

١٨٠-الصياغة المرنة،بعكس الصياغة الجامدة ، تمنح القاعدة إمكانية مواجهة الظروف والملابسات . بمعنى أن الحكم الذى تتضمنه القاعدة القانونية ، يمكن أن يختلف فى كل حالة على حده . وبعبارة أخرى تمنح القاضى سلطة تقديرية واسعة فى تطبيق حكم القاعدة القانونية ، على كل واقعة على حده .

وأمثلة القواعد المرنة فى القانون المصرى متعددة ، ومنها فكرة المضار غير المألوفة فى الجوار التى تخول للجار طلب إزالتها أو التعويض عنها فى

---

(١) حسن كيره / ١٨٦ / بند ١٠١ .

نص المادة ٢/٨٠٧ من القانون المدنى . حيث ترك النص - بصياغته المرنة - للمحكمة سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما إذا كانت المضار مألوفة ، أو غير مألوفة .

كذا ، نصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى على أنه إذا حدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة ، لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا إلا أنه أصبح مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين التزامات المتعاقدين رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

وترك المشرع للقاضى - فى النص المذكور - سلطة تقدير الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة ، كما ترك له تحديد معيار التنفيذ المرهق ، ورده إلى الحد المعقول .

- وتتميز الصياغة المرنة ، بما تتضمنه من حلول تتفاوت باختلاف الظروف والملابسات بأنها الأقدر على مسايرة التطور الاجتماعى ، بشرط ألا يكون ذلك على حساب الإخلال بالاستقرار ، والأمن فى المعاملات .

- والمشرع فى اعتقادنا ، فى حاجة إلى صياغة القواعد القانونية بطريقة جامدة فى الحالات التى تحقق أهداف تحقيق النظام والاستقرار فى المجتمع ،

بحيث لا يترك الأمر إلى القضاء فى كل حال بخصوصها وفى حاجة إلى الصياغة المرنة لنصوص القانون التى تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف المتغيرة وذلك فى المسائل التى لا تخل بالاستقرار والأمن فى المعاملات.

المحور الثانى : طرق الصياغة :

١٨١-قلنا أن الصياغة هى الطريقة التى تخرج بها القاعدة القانونية إلى الوجود وفق الغاية التى يهدف إليها المشرع .

وتنقسم طرق الصياغة إلى الطرق المادية ، والمعنوية - على النحو الآتى .

أولا- الطرق المادية :

١٨٢-المقصود بالطرق ، أو الوسائل المادية للصياغة ، الأدوات التى تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا ملموسا وتتمثل فى مسألتين هما: إحلال الكم محل الكيف ، والشكلية .

١- إحلال الكم محل الكيف :

١٨٣-المقصود بإحلال الكم محل الكيف، التعبير عن مضمون القاعدة

برقم معين يمنع الخلاف بشأنه ، ويطبقه القاضى بطريقة تلقائية على جميع الحالات المتساوية ، بصرف النظر عن تفاوت الظروف .

ويضرب الفقه مثلا على ذلك بما نصت عليه المادة٤٤ مدنى سالفة الذكر بأن سن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . جوهر هذه القاعدة ، هى تحديد الإدراك ، والنضج والتميز الذى يجعل الشخص بقادر على ممارسة حقوقه . ولا يمكن للقاضى معرفة درجة النضج ، أو الإدراك أو التمييز التى تجعله يحكم على الشخص بأنه كامل الأهلية فى كل حاله على حده .

لذا ، ترجم المشرع اكتمال النضج والتمييز وهو معنى كيفى برقم معين، هو ٢١ سنة ميلادية كاملة . بحيث يعتبر كل من بلغ هذه السن، كامل الأهلية، أى كامل الإدراك والتمييز فى ممارسة حقوقه المدنية .

– ومثال ذلك أيضا : ما نصت عليه المادة ٤٢٥ مدنى من تحديد الغبن فى بيع عقار غير ذى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل .

وتنص المادة ٢٢٧ مدنى على أن الربا الفاحش هو ما يزيد على ٧% .

وفى الحالة الأولى ترجم الغبن فى بيع عقار غير ذى كامل الأهلية وهو معنى كيفى ، برقم معين ، يمنع تحكم القاضى ، وهو ما يزيد على خمس ثمن المثل .

وفى الحالة الثانية ، ترجم الربا الفاحش ، وهو معنى كيفى إلى رقم محدد هو ٧% .

٢- الشكليات :

١٨٤-المقصود بالشكليات ما يفرضه النص القانونى من مظهر خـــارجى يصب فيه التصرف لترتيب آثاره القانونية .

ويقصد من الشكلية تحقيق غايات ثلاث : الأولى ، التنبيه إلـــى خطـــورة بعض التصرفات ، بالنسبة للمدين ، بحيث لا يقدم عليـــها إلا بعـــد تفكـــير أو روية .

ومن ذلك مثلا ما ورد بنص المادة ٤٨٨ مدنى ، بأن تكون الهبة بورقـــة رسمية وإلا وقعت باطلة . ومعني ذلك أن التراضي على الهبة وحده لا يكفـــى لإبرام العقد ، بل يلزم تحريرها بواسطة موظف رسمى مختص . بمـــا يمنـــح الواهب فرصة للتدبر أو التفكير قبل إبرام الهبة .

وما نصت عليه المادة ١٠٣١ مدنى على أن الرهن يكـــون رســـميا وإلا وقع باطلا . والمقصود الرهن الوارد على عقار .

ولا يتمثل التنبيه إلى خطورة التصرفات في الرسمية وحدها فقد يشترط

المشرع لإبرام بعض التصرفات ، ضرورة الحصول على إذن من المحكمة كما هو الشأن فى بعض التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها ، حماية لأموال القاصر .

- وقد يكون المقصود من الشكل ، تيسير إثبات التصرف القانونى ، بمنع المنازعات بشأنه بما فى ذلك مثلا اشتراط الكتابة فى غير المواد التجارية إذا كانت قيمة التصرف تزيد عن مبلغ معين .

وأخيرا ، قد يهدف المشرع من التزام الشكل ، إمكانية الاحتجاج به فى مواجهة الغير . ويضرب الفقه مثلا على ذلك بما ورد فى نص المادة ١/٥٠٦ مدنى بأن الشركة تعتبر شخصا اعتباريا بمجرد تكوينها ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التى يقررها القانون .

وكذلك نصت المادة ١٠٥٣ مدنى بخصوص الرهن الرسمى على أنه لا يكون نافذا فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار .

ثانيا- الطرق المعنوية :

١٨٥-إذا كان المقصود من الطرق المادية للصياغة ، تلك الوسائل التى تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا فإن الطرق المعنوية فى

الصياغة بعكس ذلك عمل ذهنى بحت لفهم الغاية من القانون . وأهم الطرق المعنوية فى الصياغة: القرائن القانونية ، والافتراض أو الحيلة على التفصيل الآتى :

أ-القرائن القانونية :

١٨٦-المقصود بالقرينة عموما ،أخذ أمر مشكوك فيه على أنه مؤكد لا لشئ إلا لأنه محتمل أو مألوف ، وفقا للسير العادى للأمور .

وفى نطاق القانون ، تقوم القرائن بدور مهم فى مجال الإثبات أو فى مجال القواعد الموضوعية : ففى مجال الإثبات مثلا ، يعتد بثبوت نسب المولود إلى والده ، مادام الحمل قد حصل وقت الزوجية . إعتبارا بأن إثبات نسب المولود إلى والده أمر عسير أو مستحيل ، لا يمكن التكليف به . ولما كان المحتمل أو المألوف أن الزوجة - أثناء الزوجية - لا تتصل بغير زوجها لذا اعتبرت الزوجية قرينة على نسب الولد لوالده .

ومن ذلك أيضا ، ما ورد بنص المادة ٥٨٧ مدنى بأن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينه على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . أى يعتبر الوفاء بقسط الأجرة من المستأجر عن شهر مارس مثلا ، قرينه على أنه قد

أوفى بقسط الأجرة عن شهر فبراير . . وهكذا. فالقرينة مبنية على الراجح أو المألوف عملا .

– ومن أمثلة القرائن – فى نطاق القواعد الموضوعية ما ذهب إليه المشرع بأن بلوغ سن ٢١ سنة ، قرينة على اكتمال الأهلية باكتمال الإدراك والتمييز .

ب– الافتراض أو الحيلة :

١٨٧–يقصد بالافتراض أو الحيلة القانونية إعطاء مسألة ما حكما يخالف الحقيقة لأجل التوصل إلى ترتيب أثر قانونى لم يكن ليحصل لولا هذه المخالفة . ويضرب الفقه مثلا على الافتراض أو الحيل القانونية ، فيما يتعلق بالعقار بالتخصيص ، والمنقول بحسب المآل . فيما سيرد شرحه فى نظرية الحق .

المبحث الثانى

العـــــرف

La Coutume[1]

تمهيد وتقسيم :

١٨٨-إعمالا لما ورد بالمادة الأولى من القانون المدنى ، فـإن العـرف مصدر من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية - يأتى تاليا للتشريع مباشـرة . بمعنى أن القاضى يرجع إليه ، إذا لم يجد نصا تشريعيا يطبقه ، إنما لا يجـوز للمحكمة أن تلجأ إلى العرف مباشرة لأجل البحث عن حكـم الـنزاع . فـهو مصدر احتياطى ، والتشريع مصدر أصلى . ولا يجوز للمحكمة أن تتجـاوز العرف ، إن لم تجد نصا فى التشريع إلى المصدر الذى يليه .

١٨٩-وسوف نعرض للعرف من حيث تعريفه ، وأركانـه ، والمقارنـة بينه وبين غيره ، وقوته الملزمة ، ودوره فى القانون المصرى - على النحـو التالى :

---

(١) لاروميه ، ص٧٩ ، بند ٣٠٠ ، وكاربونييه فى القـانون المـرن ، مرجـع سـابق ، ورسالة أكوارون عن العرف بجامعة نيس ١٩٨٧ .

المحور الأول : ماهية العرف وأركانه والمقارنة بينه وبين غيره :

١٩٠- نسارع إلى التنويه - من البداية - بأن العرف بعكس التشريع غير مكتوب ، بمعنى أنه لا توجد وثيقة رسمية مكتوبة مدون بها القواعد القانونية الناشئة عن العرف .

العرف هو اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين ، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا .

ونخلص من ذلك بأن للعرف ركنين لا يقوم بغيرهما : **الأول** : مادى ، **والثانى** : معنوى ، وهو عقيدة الإلزام على التفصيل الآتى بيانه :

ومن جهة أخرى يختلف العرف بأركانه عن العادة الاتفاقية ، وفى طبيعة نشأته ، ومضمونه عن التشريع .

١٩١-ونعرض بداية لأركان العرف ، ثم التفرقة بينه وبين الأنظمة الأخرى .

أولا : أركان العرف :

١٩٢-ركنان لا يقوم العرف بغيرهما معا هما الركن المادى، والركن المعنوى:

١- الركن المادى (الاعتياد) :

١٩٣-لكى يوجد عرف ، يجب أن يكون الناس قد اعتادوا اتباع قـــاعدة معينة أو مسلك معين ، على أن الاعتياد بذاته لا يكفى لقيام الركــن المــادى للعرف . بل يلزم فوق ذلك توافر شروط معيــن فــى الاعتيــاد ، أهمــها ، العمومية ، والقدم ، والثبات أو الاضطراب ، على النحو الآتى :

أ- العمومية :

المقصود بالعمومية أن تكون قاعدة السلوك قد اعتاد عدد كبير من النــاس عليها . ولا يشترط فى العمومية أن يحصل الاعتياد مَن جميع أفراد المجتمــع، بل يكفى أن يكون الإعتياد من جانب أغلبية الأفــراد . وإنمــا يشــترط فــى عمومية القاعدة القانونية ، بمعنى أن تخاطب القـــاعدة العرفيــة الأشــخاص بصفاتهم ، ولا بذواتهم وإلا لا يقوم ركن الاعتياد .

ولا يشترط فى العادة المكونة للركن المادى للعرف أن تكــون عامــة ، وليس المقصود بالعمومية ، أن تكون العادة على كل أقاليم الدولـــة . فــهناك العرف المحلى الخاص بإقليم معين ، والعرف المهنى الذى ينشأ مــن اعتيــاد الأفراد الذين يزاولون مهنة ، أو حرفة معينة على اتباع قــاعدة مــن قواعــد السلوك فى معاملاتهم . وبذا ، يمكن القــول بوجــود أعراف تجــارية ، أو

أعراف طبية ، أو أعراف زراعية ، على افتراض توافر الشروط الأخرى .

ب- أن تكون العادة قديمة :

والمقصود ، أن يتكرر اتباع العادة مدة من الزمن كافية للقول بأن الناس قد اعتادوا هذه القاعدة . إلا أن هذه المدة، نسبية ، تختلف باختلاف الظروف، وباختلاف قاعدة السلوك ذاتها .

وليس أدل على ذلك ، بأن العرف التجارى ، أسرع فى نشأته من العرف الزراعى ، اعتبارا بأن التجارة تقوم على السرعة فى المعاملات ، بعكس البيئة الزراعية .

جـ- أن تكون العادة ثابتة :

لا تكون العادة ثابتة إلا إذا اطرد سلوك الأفراد على اتباعها بصورة منتظمة ، أو مستمرة ، بدون انقطاع . بما يسمح بالقول بأن سلوك الأفراد قد استقر على الأخذ بها .

٢- الركن المعنوى :

١٩٤-لا يكفى اعتياد الناس ، لقيام العرف ، حتى ولو كانت العادة ، عامة ، وثابتى ، وقديمة فى الزمن . بل ينبغى أن يتوافر ركن آخر ، لا يقوم

العرف كمصدر رسمى – للقاعدة القانونية – بدونه ، هو عقيدة الإلـــزام . أى احترام القاعدة العرفية ، شأنها فى ذلك شأن سائر القواعد القانونية .

والاعتقاد بلزوم العادة ، هو الذى يميز العرف عن مجرد العادة ،وبعبـارة أخرى ، فإن مجرد اعتياد الأفراد ، على اتباع سلوك ما ، بصفة مضطـــردة ، ولمدة طويلة ، دون أن يرسخ فى اعتقادهم ، الالتزام بـــهذا الســلوك، يعتــبر مجرد إعادة اتفاقية فإن قام الاعتقاد بلوم السلوك ، كنا بصدد عرف .

وأهمية الركن المعنوى إذن أنه يفرق بين العرف والعـــادات الاتفاقيـــة ، وهو ما نوضحه تفصيلا فى عرضنا للفرق بين العرف ، وبيـــن غـــيره مـــن الأنظمة .

ثانيا : مقارنة بين العرف ، وغيره .

١٩٥–لا يقوم العرف بغير ركنيه المادى والمعنوى – وبذا يختلف فيمـــا ذكرنا عن مجرد العادة الاتفاقية التى لا يتوافر لها سوى الركن الأول .

ومن جهة أخرى يختلف العرف ، كمصدر رسمى للقانون عن التشـــريع ، سواء فى نشأته ، أو مضمون قواعده .

١٩٦–ونعرض بداية ، للفرق بين العرف والعادة الاتفاقية ، ثم مقارنــــة بينه وبين التشريع .

١ - **العرف والعادة الاتفاقية :**

١٩٧ - إلى جانب العرف يوجد ما يسمى بالعادة الاتفاقية Usage converntionnel ، والفرق بينهما أن **الأول** يشتمل فيما رأينا على ركنين ، مادي وهو نشأة عادة قديمة عامة ، ومستقرة وغير مخالفة للنظام العام . **والثاني** ، معنوي ، هو أن يشعر الناس بضرورة الإلزام باحترام العادة ، وبوجود جزاء على مخالفتها .

أما العادة الاتفاقية فإنها تقوم على الركن المادى وحده دون الركن المعنوى ، بمعنى اطراد الناس على سلوك معين فى حياتهم لمدة طويلة إنما دون أن يقر فى أنفسهم وجوب الالتزام باحترام هذه العادة .

ويضرب الفقه مثلا على العادات الاتفاقية فيما جرت عليه عادة الناس بأنه إذا قامت شركة بين شخصين ، قدم أحدهما رأس المال ، وقدم الثانى ، العمل ، بقسمة الربح بينهما على أساس الثلثين ، للأول ، والثلث للثانى . وما جرت به العادة فى بعض المدن على أن يكون ثمن المياه على المستأجر . وفى بعضها الآخر على المؤجر . فإذا انتهينا إلى أن الفرق بين العرف ، والعادة الاتفاقية ، قيام الأول على ركنين ، والثانى على ركن واحد فمن المتصور بعد ذلك أن تتحول العادة إلى عرف بمعنى أن تكتسب قوة أكثر من

قوتها الحقيقية ، فتصبح عرفا . وقد يحدث التحول بنص فى التشـــريع يقــرر الأخذ بالعادات الاتفاقية فى تكملة أو فى تفسير إرادة المتعاقدين فـــى بعــض المسائل ، وعندها يرتفع المشرع بالعادة إلى مستوى العرف ، فتصبح واجبـــة التطبيق لمجرد إحالة المشرع إليها . وقد ترتفع قيمة العادة إلى مرتبة القـــاعدة العرفية عن طريق الأشخاص أنفسهم ، أى عندما تستكمل ركنها الثانى فتصبح عرفا . فإنه يترتب على ذلك اختلاف فى الأثر بين العرف ، والعـــادة وهــو اختلاف يرتب ويتمثل فيما يلى :

أ : العرف ، قانون :

إذا توافرت للعرف شروطه ، فإنه يخلق قاعدة قانونية ملزمة شأنه فـــى ذلك شأن التشريع ، والفرق بينهما ، أن التشريع هو المصدر الرســـمى الأول للقاعة القانونية بينما يحتل العرف المصدر الرسمى الثانى . وإذا انتهينا إلـــى أن العرف قانون ، فإنه يطبق على الأفراد سواء قصدوا إلى تطبيقـــه أو لـــم يقصدوا .

أما القاعدة الاتفاقية ، فهى ليست قانونا ولا تخلق قاعدة قانونية ملزمـــة ، ولا تطبق على الأفراد إلا إذا قصدا هؤلاء تطبيقها لا على اعتبارهـــا شـــرطا من شروط العقد . وبعبارة أخرى يستمد العرف إلزامه بذاته بوصفه قانونا ،

بينما لا تستمد العادة الاتفاقية إلزامها إلا من خلال العقد .

ب- بما أن العرف ، قانون ، يتعين على القاضى العلم بــه . وبــذا ؛ لا يلزم أطراف النزاع بإثبات وجود العرف .وتأكيدا لذلك ذهبت محكمة النقــض بأنه " من المقرر، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمــة ، أنــه وإن كــان التثبت من قيام العرف متروكا لقاضى الموضوع ، إلا أنه لا يعفى من بيــان دليله على قيامه ، والمصدر الذى استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم فــى وجوده . فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر بوجود عرف يقضــى بــأن يكــون المؤجل من أتعاب المحامين معادلا للمعجل منها دون أن يذكــر دليلــه علــى ووده أو المصدر الذى استقى منه ذلك رغم أن الطاعن قد أنكر وجــود هــذا العرف ، يكون قد خالف القانون [١].

وبذا ، فالخصوم يقومون بإثبات الواقع . أما القانون فالقاضى يقضى فيــه بعلمه .

وعلى عكس ذلك ، لا يلزم القاضى بالعلم بالعادة الاتفاقية لأنــها ليســت قانونا . لذا ؛ يتعين على صاحب المصلحة إثبات وجود لعادة الاتفاقيــة التــى قصدا لها . ويخضع هذا الإثبات لسـلطة القاضى التقديرية ، وهو يعتبر من

---

(١) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، أحكام النقض ، س١٨ ، ص٤٢٦ .

عناصر الواقع التى لا يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

ج- يلتزم القاضى بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ، شأنه فى ذلك شأن أى نص تشريعى . بينما لا يلزم بذلك بخصوص العادة الاتفاقية ، ما لم يطلب صاحب المصلحة تطبيقها ، بعد إقامته الدليل على وجودها .

د- فى الحالتين السابقتين ، أى فى العلم بالعرف ، وتطبيقه . يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، أما فى شأن العلم ، وتطبيق العادات الاتفاقية ، فلا يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . وتفسير ذلك أن وظيفة محكمة النقض ، رقابة صحة تطبيق القانون أيا كان مصدره ، أى بما فى ذلك العرف . بينما التثبت من وجود العادات الاتفاقية ، وتطبيقها ، لا تعدو أن تكون مسألة واقعية لا يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

هـ- بما أن العرف ، قانون ، انطبقت عليه قاعدة لا يعذر أحد بجهله بالقانون . ولا تطبق القاعدة المذكورة على العادات الاتفاقية .

وإذا كان الفرق بين العرف والعادات الاتفاقية يستمد وجوده من اعتبار الأول قانون ، والثانية ، ليست قانونا على النحو الذى بسطناه ، ومع ذلك ، يمكن أن تتحول العادة الاتفاقية إلى عرف ، فينطبق عليه كل آثاره ، إذا

اكتمل لها الركن المعنوى ، فتولد فى أذهان الناس الشعور بوجوب احترامـها ، أو إنزالها منزلة القواعد الملزمة . ويضرب الفقه مثلا على تحـــول العـــادات الاتفاقية إلى عرف ملزم ، بالوهبة أو البقشيش ، الذى يمنحـــه العميـــل فـــى المحلات السياحية، والفنادق وغيرها للعامل ، تعبيرا عن رضائـــه بالخدمـــة المقدمة ، فقد نشأ بداية ، كعادة اتفاقية غير ملزمة ، ثم وقر فى أذهان العمـــلاء الشعور بأنهم ملزمون بدفع وهبة أو بقشيش مقابل الخدمة المقدمة .

فإذا لم يكتمل للعادة الاتفاقية ركنها المعنوى بقى أثرها محدودا فى أنها لا تلزم الأفراد إلا إذا قصدوا اتباعها ، أى بوصفها شرطا من شـــروط العقـــد . ومع ذلك ثمة فرص تنطبق فيه العادة الاتفاقية ، بصرف النظـــر عـــن قصـــد أطراف العلاقة التعاقدية اتباعها . هى أن نحيل النص التشريعى علـــى حكـــم العادة الاتفاقية ، وعندئذ لا يستبعد تطبق العادة ، إلا إذا اتفق أطراف العلاقـــة على استبعادها . وتأكيدا لذلك ، وتفصيلا له ، نصت المادة ٤٣٢ مدنى .

على أن ملحقات الشئ المبيع التى يلزم تسليمها معه للمشترى تتحدد بعف الجهة . وقد اتفق الشراح على أن المقصود بعرف الجهة فى هـــذا الصـــدد – العادات الاتفاقية ، وفى النص المذكور لا يستبعد تطبيق حكم العادة الاتفاقيـــة ما لم يتبين اتفـــاق المتعاقدين على استبعاد تطبيقها ، فينزل فى هذا الشـــأن –

منزلة القواعد القانونية المكملة .

كذا نصت المادة ٢٣٢ مدنى على أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد ، والعادات التجارية . وفى هذا النص ، يترتب على إحالة المشرع إلى العادات التجارية وجوب تطبيقها قطع النظر عن البحث فيما إذا كان أطراف العلاقة التعاقدية قد قصدوا تطبيقها إن لم يقصدوا ذلك . ولا ينبغى استبعاد حكمها إلا إذا اتفق الأطراف على مخالفتها ، شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية المكملة .

ويخلص مما سبق أن العادة الاتفاقية ، تصبح كالقاعدة القانونية المكملة إذ أحال لها المشرع .

٢- مقارنة بين التشريع والعرف :

١٩٨-أهمها بأن التشريع المصدر الرئيسى للقاعدة القانونية ، ولا يعدو العرف أن يكون مصدرا احتياطيا . وبعبارة أخرى ، لا تلجأ إليه المحكمة إلا إذ لم يوجد نص تشريعى يحكم النزاع . ومع ذلك فالثابت أن العرف أقدم مصادر القانون على الإطلاق ، نشأ تلبية لحاجات اجتماعية ، محدودة ؛ لذا ، فإنه يلائم ظروف الجماعة ويحقق أغراضها . لأنها هى التى خلقته وعلى

عكس ذلك فإن التشريع لم تخلفه الجماعة ، لذا قد تأتى قواعد ، غير ملائمـــة لحاجاتها، وأغراضها . وبعبارة أخرى لا يعد التشريع تعبـــيرا صادقـــا عـــن حاجات وظروف الأفراد .

وإذا كان العرف يعبر عن ضمير المجتمع ، فإنه يتطور بتطور حاجـــات وظروف الجماعة ، بخلاف التشريع الذى قد تتخلف قواعده عن التطـــور ، إلا إذا تدخل المشرع لتعديل هذه القواعد . ومـــع ذلـــك ، فكمـــا أن النقـــد الأول للتشريع ليس حاسما لأنه إذا لم يلبى التشريع حاجات الجماعة لا يكتـــب لـــه البقاء . فإن النقد الثانى ، أيضا ليس حاسما فى الحالـــة التـــى يتدخـــل فيـــها المشرع لتعديل القاعدة بما يجعله ملائما لظروف وتطور الجماعة . بـــل قـــد يذهب التشريع أبعد من،واقع الجماعة في تسرف آفاق المستقبل ويجر المجتمع إلى الأمام ، إذا كان المشرع واعيا للحاضر ، والمستقبل .

وفيما عدا ذلك ، فالثابت أن العرف ، بعكس التشريع غـــير محـــدد لأن قواعده تنشأ فى ضمير الجماعة فى صيغ غـــير محـــددة ولا واضحـــة ، ولا مكتوبة بما يثير من منازعات يتعلق بعضها بمضمون القاعدة العرفية الواجبـــة التطبيق .

كذا يختلف العـــرف عن التشريع ، باعتبار أن الأول لا ينمو إلى تحقيق

الوحدة القانونية داخل البلد الواحد ، حيث تتعـــدد الأطــراف داخــل الدولـــة الواحدة، بعكس التشريع الذى يحقق بقواعده الوحدة القانونية داخل الدولة بمـــا يساهم فى تدعيم الروابط بين أجزاء الأمة .

وأخيرا ، فإن العرف ، وإن قلنا بأن قواعده تنشأ فى ضمـــير الجماعـــة وتتطور بتطور حاجاتها ، وظروفها ، إلا أنه مصدر للقانون بطئ التكوين بمـــا لا يوفر حلولا سريعة للمشكلات التى تستجد فى المجتمع بعكس التشريع الـــذى تكفل قواعده مواجهة المشكلات الجديدة فهو أداة سريعة فى يد المشرع تكفـــل توفير الحلول للمشكلات المستجدة .

ومجمل ما تقدم إذن أن العرف يتميز بأن قواعده من خلـــق الجماعـــة ، تعبر عن حاجاتها تعبيرا صادقا ، ويتطـــور بتطـــور الجماعـــة المجتمـــع ، وظروفه. بينما يتميز التشريع بأن قواعده منضبطة ، ومحددة ومكتوبة يحقـــق النظام والاستقرار كما أنه يحقق الوحدة القانونية بين أجزاء الأمة .

ونظرا لمزايا التشريع مقارنة بعيوبه ، فقد انتشر فـــى كـــل المجتمعـــات الحديثة ،وأصبح المصدر الرسمى الأساسى للقواعد القانونية ولم يعد العرف – فى أغلب الدول – سوى مصدرا ثانويا أو احتياطيا للقواعد القانونية .

ومع ذلك ، ورغم تضاؤل دور العـــرف ، إلا أنه ما يزال يسد نقصا فى

التشريع ، خصوصا فى الحالات التى يستحيل فيها على المشـــرع أن يتدخـل لاعتبارات الملاءمة ، ويظهر ذلك جليا بخصوص الأعمال التجارية ، حيـــث تتشعب مسائلها ، وتختلف من مكان إلى آخر . فيتركها المشـــرع للعـــرف . ومن أمثلة العرف فى المسائل التجارية ، اعتبار التوقيع على ظهر الشيك مـــن المستفيد قصد به التوكيل فى قبض القيمة فقط . وكذا ، افتراض التضامن بيـــن المدنيين بدين تجارى [1].

(١) عبد الباقى ، ٢١٣ ، بند ١١٦ .

المحور الثانى : القوة الملزمة للعرف :

١٩٩-العرف هو المصدر الرسمى الثانى للقواعد القانونية فى القانون المصرى ، وهو مصدر احتياطى لا يصح الالتجاء إليه إلا إذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يطبقه على النزاع ، ويترتب على ذلك نتائج أهمها :

١- لا يجوز للعرف إلغاء نص تشريعى :

٢٠٠-وتفسير ذلك أن العرف فى المركز الثانى للتشريع . لذا ، نصت المادة الأولى من القانون المدنى على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف " .

كما نصت المادة الثانية من القانون المدنى على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بنص تشريعى لاحق . فدل ذلك على أنه لا يجوز إلغاء النص التشريعى بمقتضى علاف لاحق " .

وحتى إذا وجدت قاعدة تشريعية ، اعتاد الناس على عدم تطبيقها ، فبقيت نصا ميتا ، فليس من شأن اعتياد الناس على عدم تطبيق النص التشريعى ، إلغاء التشريع . فيظل قائما ، ملزما ، يمكن تطبيقه فى أى وقت .

٢- لا يجوز للقاعدة العرفية أن تخالف قاعدة تشريعية آمرة :

٢٠١-القواعد الآمرة - فيما رأينا - لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما

خالف حكمها ، وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا .

ومعنى ذلك أن القواعد الآمرة ، قواعد مطلقة يجب تطبيقها فـــى جميـــع الحالات . وعليه لا يجوز أن يخالف العرف ، قاعدة آمرة ، بشرط أن تنتمـــى القاعدة العرفية والقاعدة التشريعية إلى نفس الفرع من أفرع القانون .

ومثال ذلك ، أن يوجد نص فى القانون المدنى ، يخطر الفائدة المركبـة . فينشأ عرف ، يسمح بتقاضى فوائد على مركب الفوائد . فالقاعدة العرفيـــة لا تطبق لأنها تخالف قاعدة تشريعية آمرة .

وعلى عكس ذلك ، إذا وجد نص بالقانون المدنى يحظر الفائدة المركبـة، ونشأ عرف تجارى يجيز تقاضى فوائد على مركب الفوائد ، أمكـــن تطبيـــق العرف التجارى فى نطاق المبادلة التجارية ، وتطبيق النص التشـــريعى فـــى نطاق المعاملات المدنية [1]. وكذلك فإن القاعدة العرفية فى قـــانون التجـــارة القديم كانت تقضى بافتراض التضامن عند تعـــدد المدينيـــن بديـــن تجـــارى واحد برغم أن المادة ٢٧٩ من القانون المدنى صريحـــة بأنـــه التضـــامن لا يفترض .

وقد يدعى بأن القول بجواز مخالفة القاعدة العرفية التجارية قاعدة آمرة

---

(١) وغيرها كثير .

فى القانون المدنى ، إهدار لمبدأ التدرج من التشريع والعرف ، وعلـو الأول ، عن الثانى ، كمصدر للقواعد القانونية . والحقيقة بغير ذلك ، فقد ذكرنـا بـأن القانون المدنى هو الأصل أو الشريعة العامة للقانون الخاص تنطبق بصراحـة إذا لم يوجد نص تشريعى فى أفرع القانون الخاص الأخرى ، ومنها القـانون التجارى وبذا ، لا تنطبق القاعدة الواردة فى القانون المدنى ، إلا إذا لم يوجـد نص ينطبق على النزاع في القانون التجارى ، أيا كان مصدر هذا النص ، أى سواء كان نصا تشريعيا ، أو قاعدة عرفية . أما إذا وجد نص مصدره نشر .

أما إذا وجدت مسألة تحملها قاعدة فـى القـانون التجـارى مصدرهـا التشريع أو العرف ، فإنها تكون واجبة التطبيق دون الرجـوع إلـى قواعـد القانون المدنى دون أن يقال أن تطبيق القاعدة العرفية فى القـانون التجاريـة برغم معارضتها للقاعدة الآمرة بالقانون المدنى،يهدر مبدأ التدرج بين التشـريع والعرف . فالأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا للنصوص كل فى نطاقه .

وعلى عكس ذلك إذ وجد تعارض فى نطاق قانون واحـد بيـن قـاعدة تشريعية آمرة ، وقاعدة عرفية ، وجب تطبيق القاعدة التشريعية الآمرة إعمـالا لمبدأ التدرج بين التشريع والعرف فإن وجد تعارض بيـن قـاعدة تشـريعية آمرة ، وقاعدة عرفية فى القانون المدنى ، وجب تطبيق الأولـى. وإن وجـد

تعارض بين قاعدة تشريعية آمرة وقاعدة عرفية فى نطاق القانون التجـــارى ، تبق الأولى ...

وعلى عكس ذلك ، إذا وجد تعارض بين قاعدة تشـــريعية آمـــرة فـــى القانون المدنى ، وقاعدة عرفية فى القانون التجارى وجـــب تطبيـــق القـــاعدة العرفية . فلا محل لتطبيق القواعد المدنية على مسألة توجد قاعدة كلـــها فـــى القانون التجارى ، بقطع النظر عن مصدر هذه القاعدة " تشريع - أو عرف ".

٣-يجوز للقاعدة العرفية مخالفة قاعدة تشريعية مكملة :

٢٠٢-القواعد المكملة ، بعكس القواعد الآمرة يجوز للأفـــراد الاتفـــاق على مخالفة حكمها بمعنى أنه إذا وجد إتفاق مخالف لها فهو الـــذى يطبـــق ، وتستبعد القاعدة التشريعية المكملة .

وإذا كان الاتفاق بين المتعاقدين يسمح باستبعاد حكم القاعدة المكملـــة . فمن بـــاب أولى يجوز للقاعـــدة العرفية وهى وليدة الإرادة الضمنية للمجتمع . مخالفة القاعدة المكملة .

ومن أمثلة ذلك ، ما تقضى به المادة ٤٥٦ من القانون المدنى بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجـــد اتفـــاق أو

عرف يقضى بغير ذلك والمادة ٤٥٧ من القانون المدنى بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى الوقت الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

والمادة ٤٦٢ مدنى التى تقضى بأن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف بغير ذلك .

والراى عندنا دائما أن **القاعدة العرفية فى هذه الأمثلة ، وغيرها** [1] لا يعنى أن القاعدة العرفية تلغى القاعدة التشريعية المكملة . فالقاعدة المكملة لم تنطبق لأنها ألغيت بل لوجود اتفاق أو عرف يقضى بغيرها بحيث تظل القاعدة التشريعية باقية لتحكم اتفاقات أخرى تنعقد فى المستقبل فالعرف لا يملك – فيما ذكرنا – إلغاء التشريع .

---

(١) مثلا المواد ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٦١٤ ، ٥٦٦ من القانون المدنى .

المحور الثالث : دور العرف فى القانون المصرى :

٢٠٣-للعرف ، وظائف عدة فى القانون المصرى ، من حيث أنه يكمل النقص للنصوص التشريعية ، أو يعاون التشريع فى حالات يحيل إليها النص التشريعى صراحة . والمشرع . فى حالات نادرة - قد يسمح بمخالفة العرف للقواعد الآمرة . وتفصيل ذلك كالآتى :

١- العرف يكمل التشريع :

٢٠٤-رأينا - بأن العرف ، المصدر الرسمى الذى يلى التشريع مباشرة ، بحيث إذا لم يجد القاضى حكما فى النصوص التشريعية ، يتعين عليه الرجوع إلى القواعد العرفية . وبذا ، فالعرف من هذه الزاوية ، يكمل التشريع فى الحالة التى يوجد فيها نقص فى النص التشريعى .

٢- العرف يعاون التشريع :

٢٠٥-أحيانا يدعو التشريع العرف لمعاونته فى التعرف على حقيقة الإرادة أو للاستهداء به فى التعرف على بعض المعايير . أو لتوضيح مسألة معينة ، ونضرب على ذلك الأمثلة الآتية :

- تنص م٤٢٣/٢/مدنى على أنه " ... إذا لم يكن فى مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف أن تكون

أسعاره هى السارية " . فيستعان بالعرف هنا - لتحديد سعر السوق .

- تنص م٤٣٢/مدنى على أن " ... التسليم يشمل ملحقات الشئ المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء ، وعرف الجهة ، وقصد المتعاقدين " . والمعنى أن العرف يعلون التشريع فى بيان معنى ملحقات الشئ المبيع .

- تنص م٤٤٨/مدنى على أنه " .. لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " . والمعنى أنه لا يمكن اعتبار البائع ضامنا للعيوب الذى تسمح الأعراف بالتسامح فيها .

وما تقضى به المادة ١٣٢ مدنى بأنه إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ، ولم يتمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط . والمعنى أنه يستعان بالعرف فى تحديد درجة جودة الشئ المبيع إذا لم يتفق عليها أطراف العقد .

ومثل ذلك نصت م٩٥ مدنى على أنه إذا قام خلاف على المسائل التفصيلية التى لم يتفق عليها فى العقد بين الطرفين ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ، ولأحكام القانون ، والعرف ، والعدالة . والمعنى أن العرف يعاون المشرع فى تحديد ما لم يفيد من المسائل التفصيلية التى لم يتم

الاتفاق عليها فى العقد .

كذا يستعان بالعرف فى تفسير العقد ، إعمالا لنص المادة ١٥٠ من القانون المدنى . التى تقضى بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

٣- العرف المخالف لقاعدة آمرة :

٢٠٦- المبدأ - على ما ذكرنا - أن القواعد الآمرة ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها . وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا . ومع ذلك فقد عثرنا على نص آمر يسمح فيه المشرع للعرف ، بمخالفته ، هو نص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، وفيه " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله إخلال بالقواعد والعادات التجارية ". فقاعدة عدم جواز تقاضى فوائد مركبة قاعدة آمرة، وقاعدة جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال قاعدة آمرة ، ومع ذلك سمح المشرع للعرف أن يقضى

بغيرهما . وبذا حالف العرف التجارى النصوص الآمرة فى القــانون المدنـــى دون أن يعتبر ذلك- فيما أشرنا يمس بالمقارنة بين التشريع والعـــرف وبــأن الأول ، المصدر الأصلى للقاعدة القانونية ولا يجوز للقــاضى أن يلجــأ إلـــى المصادر الأخرى ، إلا إذا لم يجد نصا يطبقه من التشريع .

المحور الرابع : دور العرف فى فروع القانون المختلفة :

٢٠٧-إذا كان العرف . فيما رأينا . يكمل التشريع ، بوصف مصدرا احتياطيا، يلجأ إليه القاضى ، إذا لم يوجد نصا تشريعيا لحكم النزاع . كما أنه يعاون التشريع فيفسر ، ويحدد المسألة التى أحال عليه المشرع فيها . فالثابت أن دور العرف يتفاوت فى فروع القانون المختلفة . وليس له دور على الإطلاق فى نطاق القانون الجنائى ، فالقاعدة – كما رأينا – أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . والمعنى أن القاضى الجنائى ، إذا لم يجد نصا تشريعيا يعاقب على الفعل المنسوب إلى المتهم ، يقضى بالبراءة .

ونحدد دور العرف فى أفرع القانون المصرى على النحو التالى :

١ – فى القانون الدولى العام :

٢٠٨-انتهينا بأن القانون الدولى العام ، فرع من أفرع القانون العام ينظم العلاقات بين الدول ، أو بينها وبين المنظمات الدولية المختلفة .

ويلعب العرف دورا مهما بوصفه مصدرا من مصادر هذا القانون خصوصا إذا علمنا بأن أغلب مصادر القانون الدولى العام – إلى الآن – ما زالت عرفية ،نشأت من اطراد الدول على اتباع قواعد سلوكية معينة فى علاقاتها الدولية ، بوجه يولد الاعتقاد لدى الدول المختلفة بوجوب احترام هذه

القواعد وعدم مخالفتها . ولا يشترط لذلك ، أن تكون الدولة قد ساهمت في نشأة أو تكوين السلوك المذكور . فالثابت أن الدول الحديثة تلتزم بمراعاة الأعراف الدولية التى تكون قبل قيامها .

٢-في القانون الدستورى :

٢٠٩-القانون الدستورى فرع من القانون العام يحد شكل الدولة ، ونظم الحكم فيها ، والعلاقة بين السلطات الثلاث وحقوق وواجبات المواطنين . والثابت أن دور العرف فى نطاق هذا القانون يختلف باختلاف الدول . ففي انجلترا مثلا ، يشغل العرف دورا بارزا ، بوصفه المصدر الرئيس للقواعد الدستورية .

أما فى البلاد الأخرى ، حيث توجد الدساتير المكتوبة يشغل العرف دورا محدودا كما هو الشأن فى الدستور المصرى .

٣- في القانون الإدارى :

٢١٠-إذا كان القانون الإدارى يحكم النشاط الذى تمارسه السلطات الإدارية المختلفة . فإن العرف يعتبر مصدراً رسميا لعدد من القواعد التى تنظم نشاط الإدارة بحيث يتعين الالتجاء إلى الأعراف الإدارية إذا لم يوجد نص تشريعى ينطبق على النزاع .

وينشأ العرف - فى نطاق القانون الإدارى - من الإدارة على اتباع

سلوك معنى فى مسألة محـددة لمدة طويلة بحيث يتولد الشعور لدى الجـهات الإدارية بضرورة احترام هذا السلوك وعدم مخالفته .

٤- فى القانون المدنى :

٢١١-نسارع للتنويه - من البداية - بأن العرف يشغل مكاناً محدوداً فـى نطاق هذا القانون بعد أن شمل التقنيـن المدنـى المصـرى أغلـب جوانـب المعاملات المالية، إلا أنه بقيت أمثلة للعرف منها فى مصر احتفـاظ الزوجـة بلقب أسرتها، وليس بلقب زوجها بعد الزواج بعكس الحال فى البلاد الغربية .

وملكية الزوجة المسلمة لأثاث المسـكن ، قـاعدة مقـررة بـالعرف لا بالتشريع ، ما لم يثبت ملكية الزوج للأثاث(١) .

٥-فى القانون التجارى :

٢١٢-على عكس القانون المدنى ، يشغل العرف مكاناً مهماً فى نطـاق الأعمال التجارية ، وذلك لعدم قدرة التشريع على مواجهة الحاجات التجاريـة المتجددة فنشأ لذلك قواعد عرفية فى البيوع البحرية ، والحسابات الجاريـة ، والائتمان المستندى وجواز الفائدة المركبة ، وتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسـه لحساب الموكل ... الخ.

---

(١) تناغو ، ص ٤٢٧ ، بند ١٢٩ .

المبحث الثالث

الدين ومبادئ الشريعة الإسلامية

٢١٣-نسارع إلى التنويه – من البداية – إلى التفرقة بين الدين ، ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وذلك أن مجموعة من القواعد والأحكام التى نزلها الله بوحى من عنده على الناس ، تنظم علاقة المرء بربه ، أو علاقته بغيره . وهو بذلك يختلف عن القانون ، على النحو الذى عرضناه آنفا .

وقواعد الدين تعتبر مصدراً أصلياً للقانون فى مصر فى مسائل الأحوال الشخصية " أو قواعد الأسرة " . فتظل هذه المسائل محكومة بقواعد الدين الإسلامى بالنسبة للمسلمين وبقواعد الدين المسيحى بالنسبة للمسيحيين .

والدين على النحو المذكور ، يختلف عن مبادئ الشريعة الإسلامية ، من حيث أن الأول مصدر أصلى للقانون فى نطاق محدد هو الأحوال الشخصية ، أو نظام الأسرة . أما مبادئ الشريعة الإسلامية فهى مصدر احتياطى للقواعد القانونية، يلى التشريع والعرف . إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون المدنى " تسرى النصوص التشريعية – فى لفظها وفحواها على المسائل التى

تتناولها هذه النصوص ، فإن لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبـــادئ الشـــريعة الإســـلامية .ولا ينطبق إلا على الأحوال العينية أو المعاملات ، وهى المسائل التى لا يخضـــع فيها المصريون إلى أحكام أديانهم .

وعلى أية حال فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتـــبر مصـــدراً رســـمياً احتياطياً يلى التشريع ، والعرف ، على النحو الذى بسطناه . وهى بذلك تلعـب دوراً ضئيلاً فى القانون المصرى . فعادة ، ما يجد القاضى المعروض عليـــه النزاع حكمة فى التشريع، فإن لم يجد نصاً تشريعياً فى حالات نادرة ، أمكنـــه الاستعانة بالعرف . وبذا لا يبقى لمبادئ الشـــريعة الإســـلامية ســـوى لنـــذر اليسير [1].

ولم يكتفى البعض فى النظر للدور الـــذى يقـــوم بـــه مبـــادئ الشـــريعة الإسلامية على أنها مصدر رسمى احتياطى. بل ، اتجه الدكتور السـنهورى [2] إلى أنه لا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الإسلامى يتعارض مع مبدأ من المبـــادئ التى يقـــوم عليها التشـــريع المدنى فى جملته ، حتى لا يفقـــد التقنين المدنى

---

(١) حسن كيره ، ص ٢٨٧ ، توفيق فرج ، ص ٢٧٩ .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، ج١ ، ص ٤٩ .

تجانسه وانسجامه . وهو ما يضيق من مجال تطبيق هذا المصدر .

ومن المبادئ المأخوذة عن الشريعة الإسلامية فـــى القـــانون المدنـــى ، نظرية العقد الموقوف ، وفيها يعتبر التصرف الذى يعقده الوكيل مجاوزاً فـــى ذلك حدود الوكالة تصرفاً موقوفاً ومجاوزة الولى حدود ولايته علـــى أمـــوال عديمى الأهلية وناقصيها يعتبر تصرفا موقوفا . إنما يثـــور التســـاؤل بصـــدد كيفية استخلاص مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رسميا للقـــانون المدنى ؟ والإجابة أنه يتعين فى ذلك ملاحظ ما يلى :

١- أن جوهر مبادئ الشريعة الإسلامية لا خـــلاف فيـــه بيـــن المذاهـــب المختلفة، لذا لا يتقيد القاضى فى الاستهداء بهذه المبادئ بمذهب مـــن المذاهب، فكل مذهب يجوز الرجوع إليه واستخلاص الحكم منه . ولا يتعين الرجوع فقط عند أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى .

٢- أنه يتعين الأخذ من مبادئ الشريعة الإسلامية بمـــا لا يتعـــارض مـــع المبادئ التى يقوم عليها القانون المدنى فى جملته حتى لا يفقـــد هـــذا القانون تجانسه وانسجامه [1].

٣- أن المشرع أوجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل القـــانون الطبيعى وقواعد العدالة . ومن ناحية أخرى ، تعتبر الشريعة الإسلامية

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، ح١ ، ص٤٩ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص٢٤٥ .

مصدرا تاريخيا لبعض أحكام القانون المصرى . ويكفى أن نشير فـــى ذلك إلى ما ورد بالقانون المدنى من نظريات استمدها المشــــرع عـــن مبادئ الشريعة الإسلامية ، أهمها ، حوالة الدين ، والحوادث الطارئـــة، والتعسف في استعمال الحق ، فضلا عن الأحكــــام الخاصـــة بـــهلاك الزرع فى العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بوفاة المستأجر ، ووقـــوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .... وغير ذلك .

المبحث الرابع

مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى

٢١٤-اعتبر المشرع مبادئ العدالة ، وقواعد القانون الطبيعى مصدرا رسميا ، يستقى منه القاضى حكم النزاع المعروض ، إذا لم يجد نصا تشريعيا ولا عرفا ، ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يطبقه. أما حيث يجد القاضى الحل اللازم في أحد المصادر السابقة ، فلا يجوز له أن يبحث عن حل آخر في القانون الطبيعى ، ولو كان الأول مجافيا للعدالة .

وحقيقة الأمر أن المشرع ، فى إحالة القاضى ، فى النهاية إلى مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة ،إنما يحيله إلى الحكم فى النزاع، طبقا لتحكيمه العقل ، وتوجيه الضمير . أى أن يجتهد برأيه فى الحكم فى النزاع المطروح. حتى تقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[(١)].

ومبادئ القانون الطبيعى ، هى المبادئ التى يكشفها العقل ، وسبيلا لإعطاء كل ذى حق حقه .

أما العدالة ، فهى أن يتبصر القاضى فى الآثار ، أو النتائج العملية التى

---

(١) سليمان مرقس / ص ٣٧١.

ترتب على الحكم، أو الحل الذى يأخذ به ، طبقا للتجارب السابقة. بما قد يخفف من جمود النص القانونى لكنه لا يكمل هذا النص .

والعدالة ومبادئ القانون الطبيعى ، تعطى حلولا عملية فى المنازعات . شريطة أن يأخذ القاضى فى اعتباره الظروف ، والملابسات التى تحيط بالدعوى المطروحة . فما يكون عادلا بالنسبة لظروف معينة ، لا يكون كذلك فى ظروف أخرى .

وقد طبق القضاء المصرى ، مبادئ القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة ، فى حماية حق الملكية الأدبية ، والفنية ، حتى قبل صدور قانون حق المؤلف ١٩٥٤ ، اعتبارا بأنه مما يتنافى مع العدالة لاعتداء على هذه الحقوق بدون تعويض أصحابها عما أصابهم من ضرر[١].وكذلك الحال فى نظرية الظروف الطارئة قبل النص عليها بالمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ، وهى نظرية تجيز إعادة النظر فى العقد كلما تغيرت الظروف التى أحاطت بإبرامه ، إذا كانت هذه الظروف استثنائية ، وعامة ، ولا يمكن توقعها ، وترتب عليها خسائر جسيمه بالمدين بحيث جعلت التزامه مرهقا .

ولا يمكن فهم معنى الإحالة إلى القانون الطبيعى ، وقواعد العدالة فى

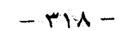
---

(١) البدراوى ، ص ٢٢٩ ، ١٦١ .

القانون المصرى إلا باستقراء المذكرة الإيضاحية التى صرحت بـأن هـذا لا يرد القاضى إلى ضابط يقينى وإنما تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطـع عليـه سبيل النكول عن القضاء وهى تقتضيه فى اجتـهاده هـذا أن يصـدر عـن اعتبارات موضوعيه عامة لا عن تفكير ذاتى خاص فتحيله إلـى مبـادئ أو قواعد كلية ننسبها تارة إلى القانون الطبيعى ، وتارة إلى العدالة .

وتابعت المذكرة الإيضاحية بأنه فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعـد العدالة ، طبقت المحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى وأخذت ببعـض أحكام الشريعة الإسلامية، واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية، أو معاهدات دولية ، بل وعمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابـط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف وعلـى هـذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة فى القـانون المصـرى فحسب ، وإنما استعان بهذه المبادئ ، كما استعان بغيرهـا متوخيـا اختيـار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التى قصـر القـانون عـن تنظيمها .

– وفى كل الحالات يتعين على القاضى ، فى استقاء حكم النـزاع مـن مبادلة العدالة ، وقواعد القانون الطبيعى أن يصدر عن اعتبارات موضوعيـة عامة ، فلا يتأثر فأفكاره الذاتية أو معتقداته الشخصية .



الفصل الثانى

المصادر التفسيرية للقانون

تمهيد وتقسيم :

٢١٥-انتهينا إلى أن المصادر الرسمية للقانون المصرى هى التشـــريع ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبـــادئ العدالـــة وقواعـــد القـــانون الطبيعى .

ويتعين على القاضى تطبيق القاعدة القانونية التى يستقيها من المصــــادر السابقة ، على الترتيب الذى أشرنا إليه .

على أن تطبيق القواعد القانونية ، من مصادرها الرسمية يسبقها مرحلـــة مهمة هى تفسير القواعد القانونية. والجهة المنوط بها التفســـير ، هـــى الفقـــه والقضاء على أن دور الفقه ، والقضاء يقتصر أصلا على تفســـير النصـــوص القانونية ، فلا يعتبر إذن مصدرا رسميا من مصادر القاعدة القانونيـــة ، كمـــا أن تفسير الفقه ، والقضـــاء لا يلزم أحدا فى النظام القضائى المصرى [١]. لذا

(١) على عكس النظام القضائى الانجلو سكسونى ، حيث يكون للسوابق القضائيـــة قـــوة ملزمة .

يمكن اعتبار الفقه والقضاء من مصادر الإقناع ، لا من مصادر الإلزام [1] .

٢١٦- وسوف نعرض ذلك فى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول : للفقه .

المبحث الثانى : القضاء .

([1]) سليمان مرقس / ص ٣٨٦ / بند ١٧٥ .

المبحث الأول

الفقـــــه

٢١٧-هو مجموعة آراء علماء القانون التى يعرضون لـــها فـــى شـــرح القانون وتحليله ، ونقده . وتنشر هذه الآراء فى المؤلفات المتنوعة أو الفتـــاوى ، أو انتعليمات . فدور الفقه إذن يقتصر على شرح القانون ، واســـتنباط آراء علمية يتبين ما يجب أن يكون عليه النص وتنـــير الســـبيل أمـــام المشـــرع ، والقاضى ، فيهتدى بها كل منهما دون أن يكون ملزما بتطبيقها ، اعتبارا بـــأن الفقه . فيما ذكرنا – مصدر غير رسمى للقاعدة القانونية .

– وبرغم أن آراء الفقه لا تلزم أحدا، إلا أنه دوره لا يمكن إنكـــاره فـــى استخلاص المبادئ القانونية التى يستعين بها القضاء فى أحكامـــه. كمـــا أنـــه برشد المشرع . فى حالات عدة . إلى عيوب التشريع ، أو حتى فـــى اقـــتراح نصوص أخرى ، يرى الفقه بأنها أقدر علـــى مواجهـــة مشـــكلات المجتمـــع المستجدة .

كذا يقوم الفقه بدور مهم فى صياغة القواعد القانونية ، خصوصا وأنـــها وأن صياغة النصوص أصبحت علما لا يقوم به سوى الفقهاء .

وباستقراء الدور الذى يقوم به الفقه ، فى تفسير القواعد القانونية يرى أنه يقوم على تحليل القواعد القانونية أو تأصيلها ، أو نقدها ، واقتراح غيرها ، أو استخلاص المبادئ العامة أو النظريات من المسائل التفصيلية ، أو الجزئية فى النصوص القانونية .

أما تحليل القاعدة القانونية فمقصود به شرحها ، وبيان معناها ، والكشف عن حكمها الذى تتضمنه وشروط تطبيقه ، والآثار التى تترتب عليه ، والصعوبات التى قد يثيرها أثناء التطبيق .

والمقصود بتأصيل القاعدة القانونية بيان الاتجاه العام الذى يتضمنه تشريع معين ، وهى مرحلة تالية لتحليل القاعدة القانونية ولا يقف دور الفقه عند استخلاص المبدأ العام ، أو الاتجاه العام للمشرع بل يسعى إلى تحديد اتجاهات القضاء ، بعد شرح أو دراسة الأحكام الصادرة عن المحاكم .

أما نقد القواعد القانونية فمقصود به تحديد العيوب التى تتضمنها النصوص القانونية ، وأحكام المحاكم . وهو أمر ضرورى لتطوير التشريع والقضاء . وقد تتمثل النقد فى صياغة النص ، أو الحكم ، أو فى مدى ارتباطه بالأوضاع الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية فى المجتمع .

وأخيرا يقوم الفقه بدور مهم فى استخلاص المبادئ العامة من مجموع

المسائل التفصيلية التى ترد فى التشريع أو فى أحكام المحاكم بما يــؤدى إلـــى تسهيل تطبيق القانون على الوقائع محل المنازعات .

- دور الفقه فى الشريعة الإسلامية :

٢١٨- قام الفقه بدور لا يمكن إنكاره فى تكوين الشريعة خصوصا بعـــد أن اتسعت رقعة الإسلام ، واستجدت مشكلات حديثه ، لا يوجد لـــذا اعتـــبر الإجماع دليلا على الأحكام الشرعية. بمعنى أنه إذا استجدت مشــكلة ، تعيــن البحث عن حكمها فى القرآن ، فإن لم يوجد ففى السنه فإن لم يوجد ، نظرنــــا فى الإجماع ، وهو اتفاق المجتهدين فى عصر من العصور على الحكم فيــها ، فإن لم يوجد اجتهد الفقيه برأيه للوصول إلى حكم - فى المسألة عــن طريــق القياس .

وقد يثبت كثير من الأحكام الشرعية عن طريق إجماع المجتــهدين مــن ذلك مثلا ميراث ابن الابن ، وإجماع الصحابة على إعطاء الجدة السدس فـــى الميراث ، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وخالتها ، وتحريم ما يحرم مــن النسب بالرضاع وبطلان تزوج المسلمة بغير المسلم،تزوج المسلم بالمشركة .

والإجماع ، كمصدر من مصادر الأحكام الشــرعية ، لا يتحقــق إلا إذا توافرت أربعة شروط :

الأول : توافر عدد من المجتهدين فى عصر وقوع الحادثة التـــى يـــراد البحث لها عن حكم شرعى .

الثانى : اتفاق جميع مجتهدى العصر – دون تخلف أى واحد منهم علـــى حكم واحد لهذه الحادثة.

الثالث : أن يكون جميع المجتهدين قد أبدوا رأيهم بالقول أو بالفعل .

الرابع : أن يكون اتفاق جميع المجتهدين على حكم شـــرعى أو قـــانونى ويبقى أن نجدد بأن الفقه الإسلامى تكونت فيه مذاهب أربعة : مذهـــب أبـــى حنيفة ، ومذهب مالك ، ومذهب الشافعى ، ومذهب ابن حنبل بالنســـبة لأهـــل السنة ، أما مذاهب الشيعة منها الشيعة الأمامية ، والشيعة الزيدية ، ومذهـــب الأباضية .

وأخيرا ، فإن الاجتهاد فى الفقه الإسلامى ، لا يكون أهلا إلا لمن لديـــه القدرة على استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها المتعددة لذا ، يشترط فـــى المجتهد ، أن يكون عالما بالكتاب وقادرا على الرجوع إليه عند طلب الحكـــم الشرعى وأن يكون عالما بالسنة النبوية خصوصا ما يتعلـــق منـــها بالأحكـــام الشرعية – وأن يكون عالما بالقياس (١) .

(١) توفيق فرج / ص ١٨٥ / بند ١١٩ – البدراوى / ص ٢٤١ / بند ١٦٦ .

المبحث الثانى

القضـــاء

٢١٩- يقصد بالقضاء معان مختلفة .

الأول : مجموعة المحاكم الكائنة فى دولة ما ، أى السلطة القضائية .

الثانى : مجموعة الأحكام التى تصدرها المحاكم فى المنازعـات التـى تعرض عليها .

الثالث : استقرار المحاكم في مسألة من المسائل علـى اتجـاه معيـن ، خصوصا فى المسائل التى لا تقطع فيها النصـوص القانونيـة بحكم محدد . وهذا المعنى الأخير يثير التساؤل عمـا إذا كـان استقرار القضاء على حكم ما ، يعتبر ملزما للمحاكم .

فإن كانت الإجابة بالإيجاب فيصبح القضاء بذلك مصدرا رسميا للقـانون كما هو الشأن فى أنظمة البلاد الانجلو سكسونية وإن كانت بالسلب ، لا يكـون القضاء مصدرا رسميا ، للقانون كما هو الحال فى مصر .

٢٢٠-وفيما يلى، نعـرض للقضاء فى الشـرائع الانجـلو سكسونية، ثم

دور القضاء فى القانون المصرى .

أولا- القضاء فى النظام الانجلو سكسونى :

٢٢١-ذكرنا بأن القضاء فى القانون الإنجليزى ، والبلاد التى اتبعت منهجه يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القواعد القانونية . بمعنى أن سجل حكم تصدره المحاكم يعتبر سابقة قضائية ، يتعين على المحاكم الأخرى الأخذ بها فى القضايا المتشابهة. ولذا يقع على القاضى عند نظر نزاع ما ، البحث عن السوابق القضائية ، أى فى الأحكام الصادرة من قبل فى مثل هذا النزاع ، حتى يستخلص الحكم الواجب تطبيقه . فالسابقة القضائية – على النحو الذى بسطناه – تقيد المحكمة التى أصدرت الحكم ، كما تقيد المحاكم الأدنى منها درجة .

فإذا علمنا بأن مجلس اللوردات ، هو الهيئة القضائية العليا ، يليه فى التدرج محاكم الاستئناف – ثم المحاكم الأخرى . فيترتب على ذلك نتيجة مؤداها ، أن أحكام مجلس اللوردات ملزمة لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية . وبعبارة أخرى قضاء مجلس اللوردات قانون ، واجب التطبيق على أنحاء المملكة فى القضايا المماثلة ، ولا يمكن العدول عنه إلا بتشريع مكتوب ويعتبر قضاء محاكم الاستئناف ملزما للمحكمة التى أصدرته وللمحاكم

الأقل منها ..

- وإذا كان القانون العام الانجليزى Common - Law ، قد تكون تكوينـــا قضائيا ، أى من السوابق القضائية فـــإن التشـــريع Statute Law مازال دور ضئيلا . على عكس الحال فى القانون المصرى ، الذى لا يقوم فيـــه القضـــاء سوى بتفسير النصوص القضائية قبل تطبيقها على النزاع المعـــروض علـــى النحو الآتى :

ثانيا- القضاء فى القانون المصرى :

٢٢٢-القضاء فى القانون المصرى ، شأنه شأن الفقه لا يعتبر مصـــــدرا رسميا للقانون ، ولا **يعتبر ملزما لأحد، بل مصـــدر** تفســيرى - أو مصـــدر للاستئناس . بمعنى أن القاضى قد يأخذ بوجهة نظر ما سبقه من أحكام - فـــى ذات المسألة المعروضة ، وقد لا يأخذ بها - دون أن ينعى عليه فـــى الحالـــة الأخيرة بشئ .

فإذا سلمنا بأن أحكام القضاء لا تلزم المحكمة التـــى أصدرتـــه ، ولا أى محكمة أخرى ، إلا أن هذا الإلزام وإن لم يكن قانونيا إلا أنه إلـــزام عملـــى ، فالمحاكم - فى مصر - تراعى عادة، ما عليه قضاء المحكمة الأعلى درجة ، وخصوصا محكمة النقض. خصوصا أن القاضى يدرك - مسبقا - أن قضائـــه

سوف يعرض فى النهاية على هذه المحكمة ، لذا يكون من المنطقى ، أن يفتش عما عليه قضاء النقض لاتباعه .بل أن الكثير من المتقاضين يستشهدون بما عليه قضاء المحاكم الأخرى فى المنازعات المماثلة ، للتوصل إلى إقناع القاضى بحكم ما .

وبالتالى يمكن القول بأن القضاء محكمة النقض – من الأهمية العملية ، ما يجعله ملزما للمحاكم الأخرى .

وثمة حالة فى القانون المصرى – يرقى فيها التزام المحاكم الأخرى بما عليه قضاء النقض إلى مرتبة الالتزام القانونى ، فقد نصت المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات على انه إذا كان الحكم قد نقض لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص تجعل محكمة النقض القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم . وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة التى أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة ويجب ألا يكون من ضمن أعضاء المحكمة التى أحيلت إليها القضية أحد من القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه .

- وأيا ما كان الأمر،فإن قضاء محكمة النقض لا يكتسب صفة إلزامية

فيما عدا الحالة ١١ ، فيما عدا ذلك ، لا يكتسب قضاء محكمة النقض صفة الإلزام ولا يعتبر القضاء مصدرا منشئا للقواعد القانونية .

– وقد رأى البعض بعكس ذلك أنه إذا توافرت أحكام المحاكم على الأخذ بقاعدة ما ، فى مسألة معينة ، واستقرت الأحكام على ذلك لمدة طويلة ، اعتبر القضاء مصدرا للقانون في حدود تلك القاعدة التى استقر عليها العمل . ومردود على ذلك بأن القضاء لا ينشئ القانون بالمعنى الصحيح ، ولا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون لأن ما يستقر عليه من قواعد ، بشأن نزاع ما – لا يتوافر له صفة العمومية والتجريد ، فلا تعتبر أحكام المحاكم ، قواعد قانونية .

ومن ناحية أخرى ، فإن ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض ، من قواعد معينة بشأن مسألة ما ، لا يعنى أنها تلتزم التزاما قانونيا بهذه القاعدة ، فالمحكمة نفسها تعدل عنها وهو ما يقع عادة فى كثير من المسائل .

ويرى البعض بأن المشرع وهو يحيل القاضى إن لم يجد نصا يطبقه ، ولا عرفا ، ولا مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى. إنما يشير ضمنا إلى اجتهاد القاضى برأيه فى النزاع المعروض . الأمر الذى يستتبع القول بأن القاضى يمكنه فى هذه الحالة خلق

القاعدة القانونية . ومردود على هذا الرأى بأن قضاء المحكمة بناء على قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى عند عدم وجود نص ، ولا عرف ، ولا مبدأ فى الشريعة الإسلامية إنما يكون مستندا – فى الحقيقة – إلى مصدر أشار إليه المشرع نفسه . وبالتالى لا يخلق القاضى القانون .

مجمل ما تقدم إذن أن القضاء شأنه شأن الفقه مصدر غير رسمى للقانون وأن قضاء النقض – فى النظام القانونى المصرى – لا يلزم المحاكم الأخرى من الناحية القانونية ، حتى ولو كانت محكمة النقض قد استقرت على وضع معين .

وظيفة محكمة النقض :

٢٢٣–محكمة النقض ، على قمة الجهات القضائية – فى النظام القانون المصرى . وظيفتها العمل على توحيد التفسير القانونى وتطبيقه بين المحاكم . وقد أشرنا بأن قضاء النقض بالنسبة لما تستقر عليه من أحكام لا يرقى إلى مرتبة الإلزام القانونى بالنسبة للمحكمة ذاتها ، ولا للمحاكم الأخرى . لذا يتحقق التوحيد فى التفسير والتطبيق من الناحية العملية أو الأدبية ، وليس من الناحية القانونية .

ومن ناحية أخرى يقتصر دور محكمة النقض على مراقبة صحة تطبيق

القانون. وبعبارة أخرى . أنها محكمة قانون لا محكمة وقائع أى أنه ليس من وظيفتها النظر فى الوقائع الثابتة فى الأحكام المطعون فيها، من حيث وقوعها، ولا مضمونها ، بل يقتصر مهمتها على التحقيق من سلامة تطبيق القانون على الوقائع أو عدم سلامته [١] .

وتفصيل ذلك، أنه إذا عرضت الدعوى أمام محكمة النقض فى نزاع ما- فليس للمحكمة البحث فى حقيقة وقائع النزاع ، أو عدمها ، بل تبحث فى سلامة تطبيق المحكمة للقانون على الوقائع أو عدم سلامته ، فإن كانت الأولى فإنها ترفض الطعن وإن كانت الثانية ، تقبل الطعن ، وتنقض الحكم وتحيل الدعوى إلى محكمة أخرى من نفس درجة المحكمة التى أصدرت الحكم ، وأخطأت فى تطبيق القانون عليه - وفى هذه الحالة ، يتعين على المحكمة المحال إليها النزاع - أن تتبع فى المسألة القانونية التى تقضى الحكم للخطأ فيها - نفس الرأى الذى قالت به محكمة النقض . وبذا يتوحد اتجاه القضاء فى تفسير القانون وفى تطبيقه ، من الناحية العملية لا القانونية .

فإذا انتهينا بأن دور محكمة النقض يقتصر على مراقبة صحة القانون ولا علاقة لها بالوقائع . فإن التساؤل يثور عن معيار التمييز بين ما يعتبر من

---

(١) سليمان مرقس / ص ٢٧٥

ونسارع إلى التنويه بداية بأن المقصود من القانون هو القاعدة القانونية ، أيا كان مصدرها ، أى سواء كان مصدرها التشريع أو العرف ، أو مبادئ الشريعة الاسلامية ، أو قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى .. فإن أخطأ القاضى فإن حكمه يتعرض للنقض .

ويمكن تعريف مسائل الواقع بطريق الاستبعاد ، بأنها ما يخرج عن دائرة القانون بالمعنى السابق .

ب- المحكمة الدستورية العليا :

٢٢٤-رأينا بأن الدستور المصرى قد نص على إنشاء محكمة دستورية عليا ، وجعل لها دون غيرها تفسير النصوص التشريعية على الوجه الذى يبين القانون .

كما نص على وجوب نشر القرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية فى الجريدة الرسمية

وبذا يكون للمحكمة الدستورية العليا - أهميتها فى ضمان توحيد تفسير النصوص التشريعية .

الفهرس

الصفحة

الصفحة

الصفحة

رقم الإيداع

(٥١٠٠ / ٢٠٠١)

الترقيم الدولى

I.S.P.N.

(977-312-037-6)